

PEERAER, F., “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, 2705-2805.

[2705]

## **De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht**

door

FREDERIK PEERAER  
Assistent Verbintenissenrecht, KU Leuven

*Dwingende rechtsregels worden onderverdeeld in (regels van) openbare orde en regels van (louter) dwingend recht. Traditioneel verbindt men aan de schending van een regel van openbare orde de sanctie van de absolute nietigheid, terwijl men aan de schending van een regel van (louter) dwingend recht de relatieve nietigheid koppelt. Zowel het conceptuele onderscheid tussen openbare orde en dwingend recht als de verschillen qua rechtsgevolgen zijn rond de jaren zestig uitgekristalliseerd en nadien gemeengoed geworden. Sindsdien is die tweedeling echter onder druk komen te staan en hebben zich bepaalde maatschappelijke evoluties voorgedaan die een grondige analyse noodzakelijk maken. Doelstelling van deze bijdrage is een kritische reflectie over dit ondertussen gebruikelijke onderscheid, met een blik op de toekomst. Deze bijdrage is een geactualiseerde en deels herwerkte versie van de thesis die bekroond werd met de APR-prijs 2011-2012 voor de UAntwerpen. Promotor van deze meesterproef was prof. dr. A. VAN OEVELEN.*

[2706]

## Inhoud

I.	INLEIDING .....	3
II.	HET ‘KLASSIEKE’ ONDERSCHIED TUSSEN OPENBARE ORDE EN DWINGEND RECHT EN ZIJN GEVOLGEN .....	4
A.	Inleiding.....	4
B.	Het conceptuele onderscheid tussen ‘openbare orde’ en ‘dwingend recht’ in het Belgische, Franse en Nederlandse recht.....	5
1.	Het begrip ‘openbare orde’ in het verbintenissenrecht.....	5
a.	Verwante noties .....	5
b.	Begripsomschrijving van deze openbare orde.....	8
c.	De zelfstandigheid van deze openbare orde .....	10
2.	Het begrip ‘dwingend recht’ en het conceptuele onderscheid met ‘rechtsregels van openbare orde’ .....	12
C.	De gevolgen van dit ‘klassieke’ onderscheid in het Belgische, Franse en Nederlandse recht ..	15
1.	Het begrip ‘nietigheid’ .....	15
2.	De totstandkoming van het onderscheid absolute – relatieve nietigheid.....	18
3.	De absolute en relatieve nietigheid en haar rechtsgevolgen .....	26
III.	HET ‘KLASSIEKE’ ONDERSCHIED ONDER DRUK .....	29
A.	Inleiding.....	29
B.	Kritiek op het conceptuele onderscheid .....	30
C.	Kritiek op de rechtsgevolgen van het onderscheid .....	31
1.	Kritiek op het onderscheid qua tijdstip om de nietigheid op te werpen .....	31
2.	Kritiek op het onderscheid qua aanspraakgerechtigden .....	32
a.	De partijen (excl. de rechter) bevoegd om de nietigheid in te roepen .....	32
b.	De taak van de rechter in verband met rechtsregels en nietigheden .....	34
1.	De interne factoren die de taak van de rechter hebben beïnvloed .....	34
2.	De plicht om het Europese recht ambtshalve toe te passen .....	41
i)	Inleiding.....	41
ii)	De eisen van het Hof van Justitie .....	42
iii)	Voldoet het nationale recht aan die vereisten? .....	46
3.	Kritiek op het onderscheid qua uitdovingsgronden.....	50

[2707]

a.	Bevestiging .....	50
b.	De overeenkomst tot beëindiging van de vernietigbaarheid.....	52
c.	Verjaring.....	53
IV.	EN WAT NU? EEN BLIK OP DE TOEKOMST .....	53
A.	De toekomst van de absolute nietigheid .....	54
1.	Huidige onvolkomenheden.....	54
2.	Mogelijke oplossingen .....	55
B.	De toekomst van de relatieve nietigheid .....	57
1.	Huidige onvolkomenheden.....	57
2.	Mogelijke oplossingen .....	57
V.	BESLUIT .....	60

## I. INLEIDING

**1. Afbakening van het onderwerp** – Deze bijdrage bestudeert de verhouding tussen openbare orde en dwingend recht. Doordat die concepten dermate breed zijn, heb ik het domein van het onderzoek sterk moeten afbakenen. In de eerste plaats bekijk ik enkel het verbintenissenrecht in algemene zin, en dus geen specifieke deelgebieden. Binnen deze rechtstak heb ik bovendien enkel aandacht voor het materieelrechtelijk aspect van dit vraagstuk: procesrechtelijke elementen (het internationaal privaatrecht – IPR – inbegrepen) heb ik niet onderzocht, tenzij zij van belang waren voor het materieel recht. Binnen dit materieelrechtelijk aspect heb ik eveneens enkel de nietigheidssancties die verbonden zijn aan het onderscheid ‘openbare orde’ en ‘dwingend recht’ uitgebreid onderzocht. Gelet op de beperkte omvang van het onderzoek heb ik de nietigheidssancties niet volledig kunnen analyseren. Zo komen noch de partiële nietigheid, noch de nietigheid als sanctie in het mededingingsrecht aan bod. Andere sancties dan de nietigheid (zoals conversie, matiging/reductie, verval, niet-tegenwerpelijheid, omkering van bewijslast, ontzegging van het recht om zich op een beding te beroepen en vordering tot staking), komen evenmin aan bod in deze bijdrage. Ook de gevolgen van deze nietigheidssancties (met name eventuele restitutieverplichtingen) behandel ik hier niet.

**2. Probleemschets en vraagstelling** – Zowel regels van openbare orde als regels van dwingend recht zijn ‘dwingende rechtsregels’ *sensu lato*. Dit gemeenschappelijke, ‘dwingende’ karakter uit zich in het feit dat ze de contractvrijheid van partijen begrenzen. De manier waarop ze deze partijautonomie begrenzen, verschilt echter. Dit komt doordat ze andere belangen in de maatschappij beschermen. De openbare orde heeft tot doel het algemeen belang te beschermen, terwijl dwingend recht *sensu stricto* de bescherming van particuliere belangen beoogt. Hierdoor werden in de 20<sup>ste</sup> eeuw aan beide type regels onderscheiden sancties gekoppeld. Een schending van een bepaling van openbare orde werd gestraft met een *absolute* nietigheid; die van een bepaling van dwingend recht met een *relatieve* nietigheid. Traditioneel werd aangenomen dat deze nietigheden op vier punten verschilden: (1) enkel de absolute nietigheid kon door alle belanghebbenden (incl. de rechter) worden ingeroepen, (2) enkel de absolute nietigheid kon in elke stand van het geding worden ingeroepen, (3) een rechtshandeling die een regel van openbare orde miskende, kon nooit worden bevestigd en (4) zowel de termijn als het vertrekpunt van de verjaring verschilden. Gaandeweg kwam dit klassieke onderscheid onder druk te staan. De termijn van de verjaring werd bijvoorbeeld in 1998 voor beide op tien jaar gebracht. (Ook) voor de overige elementen speelden bepaalde maatschappelijke evoluties een grote rol. Ten eerste kwam er meer aandacht voor de ‘zwakkere’ partij, die volgens rechtsleer niet adequaat werd beschermd door het systeem van de relatieve nietigheid. Ten tweede [2709] veranderde de rol van de rechter: de lijdelijke rechter moest plaats ruimen voor een actiever type, wat ook de bescherming van de zwakkere partij verbeterde. Ten slotte doorkruisten Europese consumentenbeschermende richtlijnen dit onderscheid. Zij vereisten immers nationale sancties die kenmerken zowel van een absolute als van een relatieve nietigheid vertoonden.

Hierdoor rijzen twee vragen, nl. “Hoe verhouden openbare orde en dwingend recht (resp. absolute en relatieve nietigheid) zich tot elkaar?” en “Maakt de actuele verhouding tussen die twee begrippen een herziening van het onderscheid noodzakelijk?”.

**3. Methodologische aspecten** – Om deze vragen gepast te beantwoorden, heb ik geprobeerd om het Belgische begrippenpaar ‘openbare orde-dwingend recht’ op een functionele manier te vergelijken met de Franse en Nederlandse equivalenten. Het doel van deze vergelijking is niet om een zelfstandige studie van deze rechtsstelsels te maken, maar wel om de Belgische rechtsregels beter naar waarde te kunnen schatten. De vergelijking met het Franse en het Nederlandse recht zal men steeds bij de relevante delen van mijn bespreking van het Belgische recht kunnen vinden.

**4. Plan** – Om de onderzoeksvragen (met behulp van rechtsvergelijking) op een gestructureerde manier te beantwoorden, zal ik gebruik maken van drie titels (deze inleiding niet inbegrepen).

Titel I is gewijd aan het ‘klassieke’ onderscheid tussen openbare orde en dwingend recht en de klassieke gevolgen die hieraan verbonden zijn. Titel II zal onderzoeken op welke wijzen dit onderscheid onder druk is komen te staan en of we het klassieke onderscheid als dusdanig kunnen behouden. In titel III komt een blik op de toekomst aan bod. Een besluit vormt het sluitstuk van deze bijdrage.

[2710]

## **II. HET ‘KLASSIEKE’ ONDERSCHIED TUSSEN OPENBARE ORDE EN DWINGEND RECHT EN ZIJN GEVOLGEN**

### **A. Inleiding**

**5. Dwingende vs. aanvullende rechtsregels** – Zowel het Belgische<sup>1</sup>, Franse<sup>2</sup> als Nederlandse<sup>3</sup> recht maakt een onderscheid tussen ‘dwingende’ en ‘aanvullende’ rechtsregels. In die drie stelsels situeert het onderscheid zich op het niveau van de contractvrijheid<sup>4</sup> van partijen. Bij aanvullend recht speelt die contractvrijheid ten volle, bij dwingend recht *sensu lato* is deze op één of andere wijze begrensd.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> J. DABIN, “Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois, en droit privé interne”, *Ann.Dr.Sc.Pol.* 1939-40, VIII, (190) 198-211, nrs. 7-15 (hierna: J. DABIN, “Lois impératives”); S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht – Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 38-39, nrs. 48-49 (hierna: S. STIJNS, *Leerboek 1*); W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 77, nr. 27 (hierna: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* 1987).

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, Parijs, PUF, 2004, 225-226, nr. 126. Zie ook: J. GHESTIN, “Réflexions sur la liberté contractuelle et l’ordre public” in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (405) 409 e.v., nr. 7 e.v. (hierna: J. GHESTIN, “Réflexions”).

<sup>3</sup> M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer, Kluwer, 2009, 2-5, nr. 1 en de verwijzingen daar (hierna: M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*); P. SCHOLTEN, *Algemeen Deel in Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974, 20-26.

<sup>4</sup> Zie over de verhouding tussen de contractvrijheid en de wilsautonomie: J. GHESTIN, “Réflexions”, *supra* noot 2, 405-410, nrs. 1-7; M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, *supra* noot 3, 35-38, nr. 14; R. STEENNOT, “De impact van het privaatrecht op de wilsautonomie, de contractvrijheid en het consensualisme” in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten – Welke toekomst beschoren? Autonomie de la volonté liberté contractuelle et contrats d’entreprise – Quel avenir?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (115) 115; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in

**6. Onderverdelingen in ‘dwingende rechtsregels’** – Het Belgische recht verdeelt dwingend recht *sensu lato* in (regels van) openbare orde en regels van dwingend recht *sensu stricto*.<sup>6</sup> Het onderscheidingscriterium betreft [2711] de aard van het beschermde belang: regels van openbare orde beschermen het algemeen belang, dwingend recht *sensu stricto* beschermt particuliere belangen.<sup>7</sup>

Het Franse en Nederlandse recht hanteren andere onderverdelingen. In het kader van deze bijdrage zal ik hier geen afzonderlijke studie van maken. Wel zal ik nagaan welke begrippen in die stelsels functionele equivalenten vormen voor ‘(regels van) openbare orde’ en ‘dwingend recht’.

## **B. Het conceptuele onderscheid tussen ‘openbare orde’ en ‘dwingend recht’ in het Belgische, Franse en Nederlandse recht**

### **1. Het begrip ‘openbare orde’ in het verbintenissenrecht**

#### **a. Verwante noties**

**7. Vier types ‘openbare orde’** – Het begrip ‘openbare orde’ komt voor in meerdere rechtstakken, waar het telkens een specifieke betekenis en draagwijdte heeft.<sup>8</sup> In wat volgt zal ik dit begrip enkel in het nationaal recht proberen te duiden. Het begrip ‘openbare orde’ op Europees niveau kan ik in het bestek van deze bijdrage niet bespreken.<sup>9</sup>

---

het verbintenissen- en contractenrecht” in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (95) 104, nr. 8. Het Hof van Justitie beschouwt de contractvrijheid als een fundamenteel recht (afgeleid uit art. 16 van het Handvest): HvJ 6 september 2012, *Deutsches Weintor*, C-544/10, n.n.g., ro. 44; HvJ 18 juli 2013, *Mark Alemo-Herron*, C-426/11, n.n.g., ro. 32.

<sup>5</sup> Zie ook: J. VAN ZUYLEN, “L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux” in P. WÉRY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, (89) 90, nr. 1 (hierna: J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”); J. VAN ZUYLEN, “Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l’autonomie de la volonté” in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST en M. VAN DE KERCHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées – Volume 2 – normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2013, (847) 848, nr. 2 (hierna: J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”). Voor Nederland in deze zin: M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, supra noot 3, 1-5, nr. 1; H. VAN KOOTEN, “Burgerlijk Wetboek Boek 3, Artikel 40 – [Strijd met de goede zeden, openbare orde of de wet]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 2 (hierna: H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”)

<sup>6</sup> S. STIJNS, *Leerboek 1*, supra noot 1, 38-39, nr. 49; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel 1987*, supra noot 1, 73-83, nrs. 26-29.; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, supra noot 5, 93-94, nr. 4.

<sup>7</sup> Vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie: Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699, nadien bevestigd in Cass. 5 mei 1949, *Pas.* 1949, I, 335; Cass. 22 december 1949, *Pas.* 1950, I, 266; Cass. 14 januari 1954, *Pas.* 1954, I, 502; Cass. 15 maart 1968, *Pas.* 1968, I, 885; Cass. 10 november 1978, *Pas.* 1979, I, 309; Cass. 28 september 1979, *Pas.* 1980, I, 131; Cass. 29 november 2007, *RW* 2010-11, 1176 en Cass. 29 april 2011, C.10.0183.N. Reeds in 1928 werd dit onderscheid gemaakt in parlementaire voorbereiding: zie Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van titel VIII van Boek III van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 1928-29, nr. 64, 3. Zie ook: M. DUPONT, “Nullité absolue et nullité relative” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (33) 58, nr. 17 (hierna: M. DUPONT, “Nullités”); W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 56 en de verwijzingen daar (hierna: W. RAUWS, *Civielrechtelijk*); S. STIJNS, *Leerboek 1*, supra noot 1, 38-39, nr. 49; A. VAN REGENMORTEL, “Openbare orde en dwingend recht: een confrontatie tussen de Europese en de Belgische invulling” in H. VERSCHUEREN en M. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen: België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, (91) 98 (hierna: A. VAN REGENMORTEL, “Openbare orde en dwingend recht”); J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, supra noot 5, 861-862, nrs. 10-11; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, supra noot 5, 94, nr. 5; P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 1 – Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 318, nr. 326 (hierna: P. WÉRY, *Obligations 2011*).

<sup>8</sup> J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken?”, *TBBR* 2004, (301) 301, nr. 1 en de verwijzingen daar (hierna: J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”); P. WÉRY, *Obligations 2011*, supra noot 7, 299, nr. 309.

<sup>9</sup> Zie hiervoor: T. CORTHAUT, *EU Ordre public*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, xvi + 496 p (hierna: T. CORTHAUT, *EU Ordre public*).

[2712]

In het nationaal recht gaat het met name<sup>10</sup> om (1) de ‘openbare orde’ in de zin van art. 138bis Ger.W., (2) het concept ‘openbare orde’ in het overgangsrecht, (3) het concept ‘openbare orde’ in het IPR en (4) de ‘openbare orde’ als begrenzing van de contractvrijheid in het verbintenissenrecht. De uitdrukking ‘openbare orde’ kan in dit verband misleidend zijn en de (verkeerde) indruk wekken dat dit begrip telkens dezelfde invulling krijgt.<sup>11</sup>

**8. De openbare orde in de zin van art. 138bis, §1 Ger.W.** – Overeenkomstig dit artikel treedt het Openbaar Ministerie (o.a.) “*ambtshalve op [...] telkens als de openbare orde zijn tussenkomst vergt*”. De openbare orde vergt enkel zijn tussenkomst wanneer “*de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die verholpen moet worden*”<sup>12</sup>. Enkel wanneer de openbare orde daadwerkelijk bedreigd is en de ambtshalve tussenkomst van het Openbaar Ministerie noodzakelijk is om die dreiging af te wenden, beschikt het Openbaar Ministerie over een dergelijk initiatief.<sup>13</sup> Voor dit initiatiefrecht is dus niet vereist dat er een schending van een bepaling van openbare orde is, en omgekeerd volstaat een dergelijke schending op zich niet.<sup>14</sup> Bijgevolg heeft deze ‘openbare orde’ een andere draagwijdte dan in het verbintenissenrecht.<sup>15</sup>

[2713]

**9. De openbare orde in het (Franse) overgangsrecht<sup>16</sup>** – Volgens Belgische rechtspraak heeft de ‘openbare orde’ in het overgangsrecht geen andere betekenis dan in het verbintenissenrecht. Lange tijd is er in de rechtspraak twijfel geweest of zowel nieuwe wetten van openbare orde als van dwingend recht

---

<sup>10</sup> Daarnaast bestaat er in het bestuursrecht ook het “handhaven van de ‘openbare orde’”. Dit is een bevoegdheid voor (o.a.) de burgemeester. Zie: P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN en B. WEEKERS, *Burgemeester – bevoegdheden in Recht in de Gemeente*, Deel 6, Brugge, die Keure, 2005, 141-150.

<sup>11</sup> A.-C. VAN GYSEL en J.-F. ROMAIN, “Conclusions générales: l’ordre public entre hétérogénéité et homogénéité” in J.-F. ROMAIN, M. GREGOIRE, V. SIMONART, A. PUTTEMANS, A.-C. VAN GYSEL, N. MASSAGER, A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS en M. EKELMANS, *L’ordre public: concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, (305) 308-309 en de verwijzingen daar (hierna: A.-C. VAN GYSEL en J.-F. ROMAIN, “Conclusions générales”). In deze zin ook voor Nederland: M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, supra noot 3, 60, nr. 22. Zie voor Frankrijk met betrekking tot overgangsrecht: S. GAUDEMET, “Application de la loi dans le temps – le juge et l’article 2 - Art. 2, fasc. 20” in *JCl. civil* 2011, nr. 48 (hierna: S. GAUDEMET, “Application de la loi”).

<sup>12</sup> Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 243; Cass. 3 mei 1958, *Pas.* 1958, I, 968; Cass. 29 november 1972, *Pas.* 1973, I, 306; Cass. 28 maart 1974, *Pas.* 1974, I, 773; Cass. 12 februari 1975, *Pas.* 1975, I, 596; Cass. 3 september 1975, *Pas.* 1976, I, 15; Cass. 1 oktober 1975, *Pas.* 1976, I, 133; Cass. 11 mei 1977, *Pas.* 1977, I, 924; Cass. 5 maart 1984, *Pas.* 1984, I, 767, *Arr.Cass.* 1983-84, 834, *RW* 1984-85, 970; Cass. 25 mei 2009, S.09.0002.F. Zie ook: L. HUYBRECHTS, “Art. 138bis Ger. W.” in *Comm.Ger.* 2007, 5, nrs. 6-7 en de verwijzingen daar naar rechtspraak.

<sup>13</sup> B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 110-114, nrs. 48-50 en de verwijzingen daar (hierna: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*).

<sup>14</sup> B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, supra noot 13, 112, nr. 49. Zie ook: J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, supra noot 8, 319, nr. 68.

<sup>15</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, *Introduction*, Brussel, Bruylant, 1962, 119, nr. 91bis litt. C (hierna: H. DE PAGE, D); W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* 1987, supra noot 1, 80, nr. 28; P. WÉRY, *Obligations* 2011, supra noot 7, 299, nr. 309. *Idem* voor art. 423 NCPC in Frankrijk: J. GHESTIN, *Traité de droit civil: Les obligations. Le contrat: formation*, Parijs, LGDJ, 1988, 882, nr. 743 (hierna: J. GHESTIN, *Traité*); P. LECLERCQ, “Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats – Art. 6” in *JCl. civ.* 2012, nr. 22 (hierna: P. LECLERCQ, “Ordre public”); F. TERRE, P. SIMLER en Y. LEQUETTE, *Droit civil: Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2009, 412, nr. 397 (hierna: F. TERRE et al., *Droit civil*). Voor Nederland: zie *infra*, nr. 50, vn. 257.

<sup>16</sup> Zie voor een overzicht van het overgangsrecht van het NBW: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbindenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III\*, Deventer, Kluwer, 2010, 525-526, nr. 616 en de verwijzingen daar (hierna: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010).

onmiddellijke werking hebben op lopende overeenkomsten.<sup>17</sup> Tegenwoordig lijkt het Hof van Cassatie te aanvaarden dat nieuwe wetten zowel van openbare orde als van dwingend recht onmiddellijk van toepassing zijn op lopende overeenkomsten.<sup>18</sup> Die opvatting wordt verdedigd door een groot deel van de rechtsleer.<sup>19</sup> WYMEERSCH heeft echter (terecht) die houding bekritiseerd. Volgens hem volstaat het openbare orde-karakter van een regel niet opdat deze onmiddellijke werking heeft op lopende overeenkomsten.<sup>20</sup> Dergelijke onmiddellijke werking zou maar mogelijk zijn na een belangenafweging tussen het belang van de nieuwe regel en de belangen van contractanten.<sup>21</sup> In Frankrijk hanteert de *Cour de cassation* ondertussen een dergelijke redenering. Opdat een bepaling onmiddellijke werking heeft op lopende overeenkomsten, moet zij ingegeven zijn door specifiek dwingende redenen van openbare orde.<sup>22</sup> [2714] Bijgevolg is deze vorm van openbare orde – althans voor Frankrijk – niet te verwarren met de openbare orde in het verbintenissenrecht.<sup>23</sup>

**10. De openbare orde in het IPR** – Ook in het IPR heeft het begrip ‘openbare orde’ een andere draagwijdte dan in het verbintenissenrecht. Evenals de openbare orde in het overgangsrecht heeft deze openbare orde een beperktere betekenis. In deze context moet men de Belgische internationale openbare orde beschouwen als de ‘harde kern’ van de interne openbare orde.<sup>24</sup>

**11. De openbare orde als begrenzing van de contractvrijheid** – Via art. 6, 1131 en 1133 BW begrenst de openbare orde de contractvrijheid. De(ze) openbare orde stelt bijgevolg de limieten vast waarbinnen rechtshandelingen geldig zijn en uitwerking kunnen krijgen.<sup>25</sup> Dit begrip leent zich echter niet tot een duidelijke afbakening, waardoor de concrete reikwijdte van de(ze) openbare orde niet scherp afgeijnd is.<sup>26</sup>

<sup>17</sup> Aanvaarden bv. enkel de onmiddellijke werking van een nieuwe wet van openbare orde: Cass. 12 februari 1993, *RW* 1993-94, 20; Cass. 6 maart 2003, *Arr.Cass.* 2003, 584, *JLMB* 2004, 1216, noot J. TINANT, *Pas.* 2003, 487, *RGAR* 2004, 13814, *T.Verz.* 2004, 41, *Verkeersrecht* 2003, 223; Cass. 26 mei 2005, *JT* 2005, 679; Cass. 24 april 2008, *Pas.* 2008, 993, *TBH* 2008, 620, noot M. GODFROID, *JLMB* 2009, 246, noot C. MARR. Aanvaarden bv. onmiddellijke werking van zowel nieuwe wetten van openbare orde als van dwingend recht: Cass. 14 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 465, *EJ* 2002, 118, noot F. BUYSENS, *Pas.* 2002, 435, *RABG* 2003, 105, noot F. DE BOCK, *RTDF* 2004, 990; Cass. 6 december 2002, *JLMB* 2003, 1485, noot P. WÉRY; Cass. 28 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 524, *Pas.* 2003, 433, *RW* 2004-05, 1462. Zie over dit laatste arrest ook: M. EYSKENS, “De werking van de Handelsagentuurwet in de tijd – Enkele preciseringen naar aanleiding van een cassatiearrest”, *RW* 2004-05, 1441-1452 (hierna: M. EYSKENS, “Handelsagentuurwet in de tijd”).

<sup>18</sup> Cass. 18 maart 2011, C.10.0015.N; Cass. 16 september 2013, C.12.0032.F.

<sup>19</sup> Zie bv. G. CLOSSET-MARCHAL, *L’application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel, Bruylant, 1983, 20, nr. 20; H. DE PAGE, I, *supra* noot 15, 196 en 198, nrs. 231quinquies en 232; P. VAN DER WIELEN en A. WALLEMACQ, “La valeur contraignante de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation” in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation – De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, (23) 28, nr. 6. Zie ook: A. PUTTEMANS, “L’ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et la protection du consommateur” in J.-F. ROMAIN *et al.*, *L’ordre public: concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, (139) 155, nr. 20 en de verwijzingen daar (hierna: A. PUTTEMANS, “L’ordre public et la loi”).

<sup>20</sup> E. WYMEERSCH, “Intertemporaal recht in verband met de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet”, *RW* 1992-93, (1001) 1009, nr. 18 (hierna: E. WYMEERSCH, “Intertemporaal recht”).

<sup>21</sup> E. WYMEERSCH, “Intertemporaal recht”, *supra* noot 20, 1001, nr. 2.

<sup>22</sup> Cass.fr. (1<sup>re</sup> civ.) 17 maart 1998, *Bull.civ.* 1998, I, nr. 115. Zie ook: S. GAUDEMET, “Application de la loi”, *supra* noot 11, nr. 48 en de verwijzingen daar.

<sup>23</sup> S. GAUDEMET, “Application de la loi”, *supra* noot 11, nr. 48; M. MEKKI, *L’intérêt général et le contrat*, Parijs, LGDJ, 2004, 204, nr. 325 en de verwijzingen daar voor Franse rechtsleer (hierna: M. MEKKI, *Intérêt général*).

<sup>24</sup> J.-F. ROMAIN, “L’ordre public et les droits de l’homme” in J.-F. ROMAIN *et al.*, *L’ordre public: concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, (5) 25-27, nr. 10 (hierna: J.-F. ROMAIN, “Ordre public”); P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 300, nr. 309.

<sup>25</sup> E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2009, 303, nr. 355 en de verwijzingen daar (hierna: E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus*).

<sup>26</sup> E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus*, *supra* noot 25, 303, nr. 356.

## **b. Begripsomschrijving van deze openbare orde**

**12. Begripsomschrijving, geen definitie** – Telkens wanneer men in de rechtsleer spreekt over het concept ‘openbare orde’, benadrukt men de onmogelijkheid om er een exhaustieve definitie van te geven.<sup>27</sup> De reden voor die ongrijpbaarheid is dat de ‘openbare orde’ een variabel begrip is en [2715] varieert naargelang tijd en ruimte.<sup>28</sup> Niettegenstaande deze ‘ondefinieerbaarheid’ is het toch van wezenlijk belang om dit begrip te omschrijven.

**13. Klassieke begripsomschrijving** – In België heeft het Hof van Cassatie<sup>29</sup> de omschrijving van DE PAGE overgenomen. Volgens die omschrijving is een wet van openbare orde indien zij “*de essentiële belangen van de Staat of van de collectiviteit raakt of in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust*”<sup>30</sup>. VAN GERVEN heeft de openbare orde omschreven als “*het geheel van rechtsregelen die de constitutionele, politieke, ethische, sociale en economische grondslagen vastleggen waarop een democratische samen-[2716] leving is gebaseerd*”<sup>31</sup>. In Frankrijk<sup>32</sup> en Nederland<sup>33</sup> zijn eveneens omschrijvingen te vinden die soortgelijke aspecten benadrukken.

**14. ‘Wetten’ van openbare orde** – Uit de Belgische omschrijving zou men verkeerdelijk kunnen afleiden dat wetten telkens in hun geheel al dan niet van openbare orde zijn. Het is echter mogelijk dat bepaalde

<sup>27</sup> Zie bv. voor België: H. DE PAGE, I, *supra* noot 15 110, nr. 91; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “L’ordre public et les droits de l’homme”, *JT* 1968, (658) 658 (hierna: W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “L’ordre public”); J.-F. ROMAIN, “Ordre public”, *supra* noot 24, 8, nr. 1; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* 1987, *supra* noot 1, 79, nr. 28; P. WÉRY, *Obligations* 2011, *supra* noot 7, 299, nr. 308; voor Frankrijk: J. GHESTIN, “Réflexions”, *supra* noot 2, 411, nr. 9 en de daar geciteerde beelddispraak; A. PLANTEY, “Définition et principes de l’ordre public” in R. POLIN (ed.), *L’ordre public*, Parijs, PUF, 1996, (27) 27; voor Nederland: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 345. In Frankrijk heeft MALAURIE bv. niet minder dan 21 omschrijvingen van dit begrip aangetroffen: P. MALAURIE, *L’ordre public et le contrat*, Reims, Matot-Braine, 1953, 261-263 (hierna: P. MALAURIE, *Ordre public et contrat*).

<sup>28</sup> Zie voor België: J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 304, nr. 12; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, “Quelques aspects de l’ordre public en droit comparé” in J.-F. ROMAIN *et al.*, *L’ordre public: concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, (219) 231, nr. 12; C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Théorie générale des obligations in Les nouvelles, Droit civil*, IV, Brussel, Larcier, 1957, 353, nr. 1227bis (hierna: C. RENARD *et al.*, *Les Obligations*); voor Frankrijk: J. GHESTIN, “L’ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français” in C. PERELMAN en R. VANDER ELST (eds.), *Les notions à contenu variable en droit*, Brussel, Bruylant, 1984, (77) 77-79; voor Nederland: HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, nr. 265; HR 7 september 1990, *NJ* 1991, nr. 266, noot CJHB. Zie ook: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 330; H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”, *supra* noot 5, aant. 7.2

<sup>29</sup> Dit gebeurde voor het eerst in Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699. Deze omschrijving is nadien vaste rechtspraak geworden: zie *supra* noot 7 voor deze rechtspraak.

<sup>30</sup> H. DE PAGE, I, *supra* noot 15, 111, nr. 91 en de rechtspraak van het Hof in noot 7.

<sup>31</sup> W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 78 (hierna: W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*). Zie uitgebreider over de rechtsregels die dergelijke grondslagen vastleggen: A. VAN OEVELEN, B. CATTOIR, A. COLPAERT, M. VAN LOON, R. VINCKX en L. VAN VALCKENBORGH, “De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagenonderzoek”, *TPR* 2011, (1355) 1370-1411, nrs. 24-78 (hierna: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Strijdigheid met de openbare orde”).

<sup>32</sup> Zie bv. de omschrijving van MALAURIE. Hij omschrijft de openbare orde als “*de goede werking van de instituten die noodzakelijk zijn voor de gemeenschap*”: P. MALAURIE, *Ordre public et contrat*, *supra* noot 27, 261-263. Volgens een andere definitie is een wet van openbare orde “*wanneer zij de fundamentele principes van de sociale orde aanbelangt, wanneer zij beantwoordt aan de primordiale noden van het sociale weefsel*”: P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nr. 25 en de verwijzingen daar.

<sup>33</sup> Zie: HR 11 mei 2001, *NJ* 2002, nr. 364 waarin men de openbare orde omschrijft als “*de fundamentele beginselen van de huidige maatschappelijke organisatie, met de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtssysteem*”. Zie ook: W. REEHUIS en E. SLOB, *Invoering boeken 3, 5 en 6 – Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen* in C. VAN ZEBEN en J. DU PON (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1990, 1141, waarbij men de openbare orde en de goede zeden interpreteert als “*fundamentele beginselen van de rechtsorde of van maatschappelijk behoren*”. Zie H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”, *supra* noot 5, aant. 7.2 en de verwijzingen daar.



bepalingen van een wet van openbare orde zijn en dat andere bepalingen van diezelfde wet van louter dwingend recht dan wel aanvullend recht zijn.<sup>34</sup>

**15. Geen noodzakelijk verband strafrechtelijke sanctie – openbare orde** – In die opvatting van de openbare orde is het zeer goed mogelijk dat bepaalde materies in principe de openbare orde raken, zoals het fiscaal recht en het strafrecht. Dit betekent echter niet dat alle rechtsregels die tot die materies behoren *ipso facto* van openbare orde zijn.<sup>35</sup> Het feit dat er bv. strafsancties voorzien zijn, betekent bijgevolg m.i. op zich niet dat de betreffende bepaling van openbare orde is. Dit belet niet dat dit wel een indicatie in die zin kan zijn. Tegenwoordig maakt die stelling het meerder-[2717] heidsstandpunt uit.<sup>36</sup> Hoewel het Hof van Cassatie ook enkele arresten in die zin heeft uitgesproken,<sup>37</sup> lijkt een arrest van 2006<sup>38</sup> aan te sturen op een gelijkschakeling tussen strafbepalingen en de openbare orde. De gevolgen van dit arrest zijn echter onduidelijk, waardoor het verband tussen strafbepalingen en de openbare orde momenteel niet met zekerheid vast te stellen is.<sup>39</sup>

**16. Verhouding met de ‘goede zeden’** – Een – eveneens vaag<sup>40</sup> – begrip dat meestal in één adem met de ‘openbare orde’ wordt genoemd, zijn de ‘goede zeden’. VAN OMMESLAGHE citeert de volgende, treffende omschrijving van het hof van beroep te Luik: de ‘goede zeden’ kunnen worden beschreven als “*de moraal, bestaande uit gewoontes en tradities van een volk, die in voortdurende evolutie met de geestestoestand van*

<sup>34</sup> J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 305, nr. 12; S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia-Groningen, 2005, (225) 230 (hierna: S. STIJNS, “Nietigheid als sanctie”); P. WÉRY, “L’essor du droit impératif et ses rapports avec l’ordre public en matière contractuelle” in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (121) 124, nr. 5 (hierna: P. WÉRY, “Droit impératif”). Het openbare orde-karakter van een wet heeft niet tot gevolg dat alle uit die bescherming voortvloeiende rechten de openbare orde raken: Cass. 16 mei 2011, *NjW* 2011, 496, noot SDGR. Zie ook Cass. 10 november 1978, *RW* 1979-80, 1479, noot A. VAN OEVELEN.

<sup>35</sup> J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 305, nr. 12; A. VAN REGENMORTEL, “Enkele bedenkingen bij de betekenis en de draagwijdte van het begrip openbare orde in het sociaal recht”, *TSR* 1997, (5) 7, nr. 1 (hierna: A. VAN REGENMORTEL, “Enkele bedenkingen”); P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 300, nr. 309.

<sup>36</sup> Associëren een strafrechtelijke sanctie niet meteen met het openbare orde-karakter, bv. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, De Boeck & Larcier, 2009, 426, nr. 540, vn. 1985 (hierna: P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*); I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in Orde van Advocaten te Kortrijk (ed.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (267) 293, nr. 35 (hierna: I. CLAEYS, “Nietigheid in beweging”); A. PUTTEMANS, “L’ordre public et la loi”, *supra* noot 19, 147-148, nr. 11 en de verwijzingen daar; W. RAUWS, “Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling” in G. VAN LIMBERGHE (ed.), *Sociaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, (15) 24, nr. 6; R. STEENNOT, “Art. 33 Wet 14 juli 1991” in *Comm.Hand.* 2008, (1) 8, nr. 5; S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?” in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (921) 933, nr. 24 (hierna: S. STIJNS, “Onrechtmatige bedingen?”); P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 949-950, nr. 628 (hierna: P. VAN OMMESLAGHE, *Obligations 2010*); A. VAN REGENMORTEL, “Openbare orde en dwingend recht”, *supra* noot 7, 105-107. Zie voor Frankrijk: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 950, nr. 628; P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nr. 22. *Contra* bv. P. DE HARVEN, noot onder Cass. 19 februari 1940, *RCJB* 1948, (295) 301, nr. 8; P. DE VROEDE, *Prijsregeling* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1976, 210, nr. 416; F. KEFER, *Le droit pénal du travail*, Brugge, La Charte, 1997, 17, nr. 11 (hierna: F. KEFER, *Droit pénal du travail*); M. JAMOULLE, “La renonciation aux avantages d’ordre public, résultant des lois sociales”, *Ann.dr.* 1963, (411) 425-437. Eveneens *contra* Kh. Kortrijk 8 augustus 1991 in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek Handelspraktijken 1991*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 549, noot J. LAENENS. Zie over die discussie ook A. VAN OEVELEN *et al.*, “Strijdigheid met de openbare orde”, *supra* noot 31, 1367-1369, nrs. 18-21.

<sup>37</sup> Cass. 10 maart 1980 *Arr.Cass.* 1979-80, 852, *Pas.* 1980, I, 846; Cass. 14 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 917, *Pas.* 1988, I, 844. In dezelfde zin ook Arbh. Gent 13 april 1988, *RW* 1988-89, 544.

<sup>38</sup> Cass. 6 september 2006, P.06.0492.F. Zie ook: J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 109, nr. 11.

<sup>39</sup> Zie ook: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Strijdigheid met de openbare orde”, *supra* noot 31, 1368-1369, nrs. 20-21.

<sup>40</sup> A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 330.

een bescha-[2718] ving is”<sup>41</sup>. Volgens een andere omschrijving is “het maatschappelijk oordeel omtrent hetgeen behoort”<sup>42</sup> tekenend voor inhoud van het begrip ‘goede zeden’.

De ‘openbare orde’ en de ‘goede zeden’ brengen dezelfde rechtsgevolgen teweeg: ze worden beide gesanctioneerd met een absolute nietigheid.<sup>43</sup> Bijgevolg kan men de vraag stellen of men beide begrippen wel dient te onderscheiden.<sup>44</sup> Een bepaalde strekking in de rechtsleer wenst beide begrippen strikt te onderscheiden en aan dit onderscheid zelfs verschillende rechtsgevolgen te verbinden.<sup>45</sup> Een andere strekking (die mijn voorkeur geniet) meent dat men die begrippen (enkel) theoretisch moet onderscheiden. De goede zeden zijn volgens die strekking enkel het specifiek morele aspect van de openbare orde.<sup>46</sup> Bijgevolg lijkt de openbare orde de goede zeden te incorporeren.<sup>47</sup> Dit neemt echter niet weg dat een schending van (een regel van) openbare orde niet altijd en op dezelfde manier een schending van de goede zeden is.<sup>48</sup> In dit verband ziet bepaalde rechtsleer een specifiek nut voor de goede zeden met betrekking tot buitenlandse regels. Is een overeenkomst strijdig met dergelijke regels, maar niet meteen strijdig met de Belgische openbare orde *sensu stricto*, dan kan dit [2719] nog steeds een schending van de goede zeden uitmaken.<sup>49</sup> Bijgevolg is het m.i. nodig om beide begrippen conceptueel te onderscheiden en ze niet te laten versmelten. Uiteraard belet dit theoretisch onderscheid niet dat een schending van de goede zeden meestal ook een schending van de openbare orde zal uitmaken (en *vice versa*). Dit zorgt ervoor dat er in de praktijk vaak geen onderscheid is.<sup>50</sup> In het verdere verloop van deze bijdrage zal ik de goede zeden niet afzonderlijk behandelen.

### c. De zelfstandigheid van deze openbare orde

**17. De openbare orde als kwalificatiecriterium: minstens deels zelfstandige notie** – Bij zijn omschrijving hanteert het Hof van Cassatie de openbare orde als kwalificatiecriterium.<sup>51</sup> Dit criterium stelt de vraag welke regel van openbare orde is: is dit enkel de regel die de regelgever als ‘van openbare orde’ erkent (*formeel* kwalificatiecriterium) of kunnen ook andere regels een dergelijk karakter hebben (*inhoudelijk* kwalificatiecriterium)? De door het Hof gebruikte omschrijving hanteert een inhoudelijk kwalificatiecriterium: elke regel die een dergelijk fundamenteel karakter vertoont, is van openbare orde

<sup>41</sup> P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 339, nr. 217 met verwijzing naar Luik 22 november 1979.

<sup>42</sup> A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 330; H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”, *supra* noot 5, aant. 7.2.

<sup>43</sup> W. VAN GERVEN, *Algemeen deel 1987*, *supra* noot 1, 434, nr. 136. De wet associeert deze begrippen immers zelf met elkaar in art. 6 en 1133 BW. *Contra* L. CORNELIS. Volgens hem is de sanctie niet de nietigheid, maar wel de niet-tegenwerpbaarheid van de overeenkomst: L. CORNELIS, “De achtereenkomst” in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten – Welke toekomst beschoren? Autonomie de la volonté liberté contractuelle et contrats d’entreprise – Quel avenir?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (25) 37, nr. 23.

<sup>44</sup> Zie ook: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Strijdigheid met de openbare orde”, *supra* noot 31, 1386-1387, nr. 48. Zij omschrijven de goede zeden als “het geheel van ethische normen, ontstaan uit de gewoonte en de traditie, die op een bepaald ogenblik en in een bepaalde maatschappij gangbaar zijn en die door alle eerlijke en rechtschapen personen worden nageleefd, ongeacht hun ideologische of religieuze overtuiging”: *ibid.*

<sup>45</sup> Zie: H. DE PAGE, I, *supra* noot 15, 12, nr. 91ter en 133-140, nr. 94.

<sup>46</sup> Zie: J. DE CONINCK, “De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (187) 199, nr. 22 (hierna: J. DE CONINCK, “Toetsing aan de openbare orde”); J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 104, nr. 111.

<sup>47</sup> W. VAN GERVEN, *Algemeen deel 1987*, *supra* noot 1, 436, nr. 136.

<sup>48</sup> A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 345.

<sup>49</sup> J. DE CONINCK, “Toetsing aan de openbare orde”, *supra* noot 46, 200, nr. 23 en de verwijzingen daar naar rechtsleer.

<sup>50</sup> P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 339, nr. 218.

<sup>51</sup> J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 302, nr. 5.

(en dit ongeacht of de regelgever hem als van ‘openbare orde’ beschouwt).<sup>52</sup> Wanneer de rechter moet bepalen of een regel een dergelijk karakter vertoont, benadrukt rechtsleer dat hij ook de wil van de regelgever moet nagaan.<sup>53</sup> Hierdoor is het kwalificatiecriterium eveneens formeel. Indien de wil van de regelgever niet duidelijk is op dit punt, moet de rechter zelf uitzoeken of de betreffende regel een openbare orde-karakter heeft.<sup>54</sup> Beschouwt men de openbare orde als een kwalificatiecriterium, heeft dit begrip minstens deels een zelfstandige inhoud, die losstaat van de wil van de regelgever.<sup>55</sup> Beschouwt men deze notie daarentegen als toetsingscriterium, ligt dit evenwel anders.

**18. De openbare orde als toetsingscriterium: discussie over zelfstandigheid...** – Dit criterium stelt de vraag aan wat men overeenkomsten [2720] kan toetsen. Kan dit enkel aan *wetten van openbare orde* of kan dit ook rechtstreeks aan de openbare orde zelf? Volgens voorstanders van de eerste – legalistische – strekking bestaat de openbare orde uit een geheel van wetten en dient men bijgevolg enkel aan die wetten te toetsen.<sup>56</sup> Zij steunen zich op art. 6 BW<sup>57</sup> en de omschrijving van het Hof van Cassatie.<sup>58</sup> Een gevolg van deze legalistische visie is dat de openbare orde geen zelfstandige aard heeft: haar inhoud wijzigt naargelang de wetten die haar samenstellen.<sup>59</sup> De tweede strekking – die de openbare orde als zelfstandig toetsingscriterium beschouwt – verdient m.i. de voorkeur.<sup>60</sup> Zo kan men art. 1131 en 1133 BW vermelden: die artikelen verbieden immers verbintenissen (o.a.) indien de oorzaak “*strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde*” en verwijzen bijgevolg niet naar *wetten van openbare orde*.<sup>61</sup> Daarnaast kan men rechtspraak vermelden die een clause of overeenkomst nietig verklaart wegens schending van de openbare orde op zich.<sup>62</sup> In Frankrijk<sup>63</sup> en Nederland<sup>64</sup> erkent men dit ‘virtuele’ of ‘zelfstandige’ karakter van de openbare orde overigens expliciet. [2721]

**19. ... met slechts een beperkt praktisch nut** – Het praktisch nut van bovenstaande discussie is evenwel beperkt. De verschillen tussen beide strekkingen in die discussie zijn immers louter academisch geworden

<sup>52</sup> J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 302, nr. 5.

<sup>53</sup> J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 302-303, nr. 6. Zie ook: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Strijdigheid met de openbare orde”, *supra* noot 31, 1365-1369, nrs. 15-21.

<sup>54</sup> *Ibid.* en de verwijzingen daar naar rechtsleer.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Zie bv. M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story, 1999, 61, nr. 74 (hierna: M. COIPEL, *Éléments*).

<sup>57</sup> Dit artikel luidt als volgt: “Aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen, kan door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk worden gedaan.” (eigen cursivering – FP).

<sup>58</sup> Zie de verwijzingen naar rechtsleer in deze zin bij J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 303, nr. 7.

<sup>59</sup> *Ibid.*, 303, nr. 8 en de verwijzingen daar.

<sup>60</sup> Voorstanders van deze strekking zijn bv. voor België: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 131-132, nr. 108 (hierna: L. CORNELIS, *Algemene theorie*); J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 303, nr. 10; A.-C. VAN GYSEL en J.-F. ROMAIN, “Conclusions générales”, *supra* noot 11, 309-310; P. VAN OMMESLAGHE, “Les activités ‘liberticides’ et le droit privé” in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL en F. TULKENS (eds.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté?*, Brussel, Bruylant, 2000, (357) 361; P. WERY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 302, nr. 310; voor Frankrijk: L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, “L’ordre public en droit privé interne” in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Parijs, Dalloz, 1937, (381) 387 (hierna: L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, “L’ordre public”); M. LUBY, “À propos des sanctions de la violation de l’ordre public”, CCC 2001, (4) 5, nr. 3.

<sup>61</sup> J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 303, nr. 9.

<sup>62</sup> Zie bv. Cass. 1 februari 1951, *Pas.* 1951, I, 359, noot WG, RW 1950-51, kol. 1356; Cass. 17 april 1970, *Arr.Cass.* 1970, 754, concl. KRINGS; Rb. Brugge 4 oktober 1989, *T.Not.* 1990, 184.

<sup>63</sup> Cass.fr. (civ.) 4 december 1929, S. 1931, I, 49, noot P. ESMEIN; J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 92, nr. 100 en de verwijzingen daar naar rechtsleer (vn. 75) en rechtspraak (vn. 77); L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, “L’ordre public”, *supra* noot 60, 387.

<sup>64</sup> Zie de bewoordingen van art. 3:40 leden 1 en 2 NBW. Zie ook: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nrs. 311-312.

naarmate men het begrip ‘wet’ in ‘wetten van openbare orde’ ruimer heeft ingevuld. Zo kan men eender welke norm van een ander regelgevend niveau ook als ‘wet’ beschouwen.<sup>65,66</sup> Daarnaast aanvaardt men tegenwoordig dat ook algemene rechtsbeginselen onder een ‘wet’ in deze zin kunnen vallen.<sup>67</sup> Dit heeft tot gevolg dat het onderscheid tussen een ‘zelfstandige openbare orde’ en ‘wetten van openbare orde’ uiterst miniem is. Welke fundamentele aspecten van de maatschappij liggen in dat geval immers niet in één of andere ‘wet’ vervat?<sup>68</sup>

## 2. Het begrip ‘dwingend recht’ en het conceptuele onderscheid met ‘rechtsregels van openbare orde’

**20. Het begrip ‘rechtsregels van (louter) dwingend recht’** – Naast de zonet besproken (regels van) openbare orde bestaan er ook rechtsregels van (louter) dwingend recht. Voor het bestek van deze bijdrage kan men dergelijke regels omschrijven als ‘rechtsregels die ofwel een verplichting [2722] opleggen ofwel een verbod uitvaardigen en die niet van openbare orde zijn daar ze voornamelijk particuliere belangen beogen te beschermen’.<sup>69</sup>

**21. Conceptueel onderscheid naar Belgisch recht** – Traditioneel plaatst men in het Belgische recht bepalingen van (louter) dwingend recht tegenover bepalingen van openbare orde.<sup>70</sup> Hoewel parlementaire voorbereiding een dergelijk onderscheid reeds maakt in 1928<sup>71</sup>, duurt het tot 1948 vooraleer het Hof van Cassatie de categorie van louter dwingend recht erkent.<sup>72</sup> In de jaren veertig en vijftig stond de formulering nog niet vast,<sup>73</sup> maar uiteindelijk kristalliseerde dit in het onderscheid dat men tegenwoordig hanteert. Het onderscheid tussen bepalingen van dwingend recht en bepalingen van openbare orde betreft

<sup>65</sup> J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 303, nr. 7 en de verwijzingen daar naar specifieke normen, rechtspraak en rechtsleer; A. VAN OEVELEN *et al.*, “Strijdigheid met de openbare orde”, *supra* noot 31, 1364, nr. 14; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 301, nr. 310.

<sup>66</sup> In het Nederlands recht is dit echter niet het geval: daar wordt onder ‘wet’ enkel de wet in de formele zin verstaan: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 314. Dit hangt echter sterk samen met de expliciete erkenning van de zelfstandigheid van de openbare orde in dit rechtstelsel: *ibid.*, 263, nr. 314.

<sup>67</sup> M. COIPEL, *Eléments*, *supra* noot 56, 61, nr. 74; L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 131-132, nr. 108; J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 303, nr. 10; X. DIEUX, “Le contrat: instrument et objet de dirigisme?” in X. DIEUX, M. FONTAINE, P.-A. FORIERS, F. ’T KINT, C. PARMENTIER en P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. de Jeune Barreau, 1984, (255) 260, nr. 4 (hierna: X. DIEUX, “Le contrat”); W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “L’ordre public”, *supra* noot 27, 660. A. VAN OEVELEN *et al.*, “Strijdigheid met de openbare orde”, *supra* noot 31, 1364, nr. 14. Sommigen catalogeren algemene rechtsbeginselen echter niet als ‘wet’, maar aanvaarden dan wel dat de schending van een dergelijk beginsel een schending van de (zelfstandige) openbare orde kan uitmaken. Zie: P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 302, nr. 310.

<sup>68</sup> J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 303, nr. 10.

<sup>69</sup> Zie ook: A. MEEUS, “La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l’office du juge” (noot onder Cass. 17 maart 1986), *RCJB* 1988, (498) 527, nr. 29 (hierna: A. MEEUS, “Notion de loi impérative”).

<sup>70</sup> P. WÉRY, “Droit impératif”, *supra* noot 34, 121, nr. 2 en de verwijzingen daar. Zie ook de verwijzingen in noot 5.

<sup>71</sup> Zie in die zin Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van titel VIII van Boek III van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 1928-29, nr. 64, 3: “Daarom worden zij [de bepalingen die het wetsontwerp beoogt in te voeren] toepasselijk gemaakt niettegenstaande elk strijdig beding. Het ware verkeerd daaruit af te leiden dat die regelen geacht worden van openbare orde te zijn. Waar de wet ze uitvaardigt, heeft zij enkel ten doel private belangen te beschermen. Het staat dus den huurder, die door het contract het recht verkregen heeft ze in te roepen, steeds vrij, van het voordeel van die bepalingen af te zien. Wat nietig is, dat is dat de huurder van het voordeel van een dezer bepalingen zou afzien, vooraleer hij het recht verkregen heeft er zich op te beroepen”.

<sup>72</sup> Zie de rechtspraak geciteerd in vn. 7.

<sup>73</sup> Zie Cass. 9 december 1948, *supra* noot 7, dat gewag maakt van ‘ordre public proprement dit’ (eigen cursivering – FP); Cass. 6 december 1956, *Pas.* 1957, I, 361, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT. Zie ook: G. BAETEMAN, “Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés” (noot onder Cass. 6 december 1956), *RCJB* 1960, 158-174; J. DABIN, “Lois impératives”, *supra* noot 1, 190-247; P. DE HARVEN, “Contribution à l’étude de la notion d’ordre public” (noot onder Cass. 9 december 1948 en Cass. 14 januari 1954), *RCJB* 1954, 259-266 (hierna: P. DE HARVEN, “Notion d’ordre public”).

de aard van het voorname-[2723] lijkt<sup>74</sup> beschermde belang.<sup>75</sup> Bepalingen van dwingend recht beogen voornamelijk particuliere belangen te beschermen (via de sanctie van relatieve nietigheid); bepalingen van openbare orde beschermen voornamelijk het algemeen belang (via de sanctie van absolute nietigheid).<sup>76</sup>

**22. Specificaties van het dwingendrechtelijk karakter** – Het dwingend karakter van dergelijke bepalingen kan uitdrukkelijk<sup>77</sup> in de wet vermeld zijn of voortvloeien uit bepaalde formules<sup>78, 79</sup>. Daarnaast kan dwingend recht de bescherming van één<sup>80</sup> dan wel beide<sup>81</sup> partijen beogen. Dwingend recht kan bovendien zowel een positief als een negatief karakter hebben. Een positieve bepaling verplicht dat een bepaalde inhoud in een [2724] bepaalde overeenkomst wordt opgenomen;<sup>82</sup> een negatieve bepaling verbiedt dit.<sup>83</sup>

**23. Conceptueel onderscheid naar Frans recht** – In het Franse recht treft men begrippen aan die vergelijkbaar zijn met Belgisch ‘dwingend recht’ en met de Belgische ‘openbare orde’. Wat dit laatste begrip betreft, deelt het Franse recht dit op in de *ordre public politique (et morale)*<sup>84</sup> en de *ordre public économique (et social)*.<sup>85</sup> Dat eerste aspect van de Franse *ordre public* heeft voornamelijk betrekking op bepaalde instituten, zoals de staat en de familie.<sup>86</sup> Het tweede aspect reglementeert daarentegen de uitwisseling van goederen en diensten, met het oog op het vermijden of corrigeren van bepaalde maatschappelijke situaties die door de wetgever als ongewenst worden bestempeld.<sup>87</sup> Het is binnen die ‘economische openbare orde’ dat het Franse recht een onderscheid maakt tussen de *ordre public*

---

<sup>74</sup> Soms meent men dat dwingend recht “enkel private belangen” beoogt te beschermen. Zie bv. F. KEFER, *Droit pénal du travail*, *supra* noot 36, 21, nr. 14; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “L’ordre public”, *supra* noot 27, 659. Dit onderscheid is m.i. te radicaal, aangezien louter dwingend recht ook met het oog op het algemeen belang zijn uitgevaardigd. Zie: L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 130, nr. 107; J. DABIN, “Lois impératives”, *supra* noot 1, 219, nr. 21; W. RAUWS, *Civielrechtelijk*, *supra* noot 7, 343; C. RENARD *et al.*, *Les Obligations*, *supra* noot 28, 359, nr. 1259<sup>ter</sup>; E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus*, *supra* noot 25, 306, nr. 357 en de verwijzingen daar; P. WÉRY, “Droit impératif”, *supra* noot 34, 129, nr. 14 en de verwijzingen daar; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 304-305, nr. 312.

<sup>75</sup> M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 58, nr. 16 en de verwijzingen daar; W. RAUWS, *Civielrechtelijk*, *supra* noot 7, 292; S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2010, (25) 43, nr. 30 en de verwijzingen daar (hierna: S. STIJNS, “Recente evoluties”); A. VAN REGENMORTEL, “Openbare orde en dwingend recht”, *supra* noot 7, 98 en de verwijzingen daar.

<sup>76</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 341, nr. 220.

<sup>77</sup> Zie bv. art. 12 Woninghuurwet.

<sup>78</sup> Zie bv. de formuleringen in art. 1730, §3 en 1762<sup>bis</sup> BW.

<sup>79</sup> P. WÉRY, “Droit impératif”, *supra* noot 34, 124, nr. 6 en de voorbeelden daar.

<sup>80</sup> Zie bv. art. 6 wet 3 juli 1978 betreffende arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978, 9277.

<sup>81</sup> Zie bv. art. 6 Handelshuurwet en art. 1762<sup>bis</sup> BW.

<sup>82</sup> Bv. via het vervullen van bepaalde formaliteiten. Zie ook: H. JACQUEMIN, “La nullité comme sanction de l’inobservation du formalisme contractuel” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, 83-162. Zie: P. WÉRY, “Droit impératif”, *supra* noot 34, 125-126, nr. 8 voor meer voorbeelden.

<sup>83</sup> Zie bv. art. 75 WMPC.

<sup>84</sup> Dit onderdeel van de Franse openbare orde wordt ook wel de *ordre public classique* genoemd. Zie: F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 39, nr. 35 en 393, nr. 377.

<sup>85</sup> Zie: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 99-121, nrs. 106-128; P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nr. 28; F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 39, nr. 35 en 392-401, nrs. 376-385. Dit conceptuele verschil met het Belgische recht leidt echter niet tot andere gevolgen. Dit belet niet dat sommige Belgische auteurs deze Franse aanpak ‘verregaand’ en ‘verwarrend’ vinden. Zie: S. STIJNS, “Onrechtmatige bedingen?”, *supra* noot 36, 943, nr. 42. Ironisch genoeg bekritiseren sommige Franse rechtsgeleerden om soortgelijke reden de Belgische aanpak. Zie: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 90, nr. 97.

<sup>86</sup> P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nr. 28. Brengt ook de goede zeden onder in die categorie: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 99, nr. 107 en 104-106, nrs. 111-112. Vermelden naast de staat en de familie ook de menselijke persoon en de professionele openbare orde als componenten van die *ordre public classique*: F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 39, nr. 35 en 392-396, nrs. 376-381.

<sup>87</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 106-107, nrs. 113-114; F. TERRE *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 39, nr. 35 en 392, nr. 376;

(*économique*) de direction en de *ordre public (économique) de protection*.<sup>88</sup> Samen met de regels die worden gecatalogeerd onder de *ordre public politique (et morale)* vormen de regels van de *ordre public (économique) de direction* het Franse equivalent voor de Belgische openbare orde. [2725] De *ordre public (économique) de protection* vormt daarentegen het Franse equivalent voor Belgisch (louter) dwingend recht.<sup>89</sup> Net als in het Belgische recht bepaalt de aard van het (voornamelijk)<sup>90</sup> beschermde belang tot welke categorie een dwingende rechtsregel behoort.<sup>91</sup> In tegenstelling tot Belgische rechtspraak,<sup>92</sup> koppelt Franse rechtspraak – in tegenstelling tot bepaalde rechtsleer<sup>93</sup> – de twee vormen van nietigheid echter niet expliciet vast aan de twee vormen van openbare orde.<sup>94</sup>

**24. Conceptueel onderscheid naar Nederlands recht** – Het Nederlandse recht benadert de indeling van dwingende rechtsregels op twee wijzen, nl. (1) aan de hand van de onderverdelingen in art. 3:40 NBW en (2) aan de hand van de mogelijkheden tot afwijking van dwingende rechtsregels.

Bij de *eerste wijze* is de indeling wat de rechtsgevolgen betreft vergelijkbaar met de Belgische en Franse aanpak. Is een rechtshandeling in strijd met een wetsbepaling die slechts de bescherming van één partij tot doel heeft, dan is de rechtshandeling in principe<sup>95</sup> vernietigbaar. Heeft de bepaling een ander doel, dan is de rechtshandeling in principe<sup>96</sup> nietig. De sanctie die men koppelt aan de schending van een dwingende rechtsregel wordt dus in het Nederlandse recht – net als in het Belgische en Franse recht – bepaald door de aard van het beschermde belang. Conceptueel gezien verdeelt het Nederlandse recht dwingende rechtsregels (en de daaraan verbonden sancties) echter in andere rubrieken. Zo is een rechtshandeling nietig overeen-[2726] komstig art. 3:40 lid 1 NBW als haar ‘inhoud of strekking’<sup>97</sup> in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Is een rechtshandeling daarentegen op zich in strijd met een dwingende wetsbepaling, dan is zij in principe eveneens nietig.<sup>98</sup> Een dergelijke schending wordt echter

<sup>88</sup> Zie: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 108-122; nrs. 117-128; P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nr. 28; F. TERRE *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 39, nr. 35, en 392-401, nrs. 376-385.

<sup>89</sup> J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 854-855, nr. 7. Zie ook over de diverse invullingen van het begrip ‘openbare orde’: J. GHESTIN, “Réflexions”, *supra* noot 2, 415, nr. 12; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 98-100, nr. 8 en de verwijzingen daar.

<sup>90</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 882, nr. 744; P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nr. 28.

<sup>91</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 883, nr. 745; P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nr. 28; M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 572, nr. 963 en de verwijzingen daar. Zie ook: J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 109-111, nr. 12 en de verwijzingen daar.

<sup>92</sup> Zie bv. Cass. 15 november 2002, C.000390.N (dwingend recht – relatieve nietigheid); Cass. 29 september 2008, C.06.0443.F (openbare orde – absolute nietigheid).

<sup>93</sup> Zie: M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 603, nr. 1024 en de verwijzingen daar naar rechtsleer.

<sup>94</sup> Zie: M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 603, nr. 1024 en de verwijzingen daar naar rechtspraak. Zie ook: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 931-936, nr. 781.

<sup>95</sup> Uit de strekking van de bepaling kan een andere sanctie voortvloeien: art. 3:40 lid 2 *in fine* NBW.

<sup>96</sup> Zie de nuance in de vorige voetnoot.

<sup>97</sup> Onder de ‘inhoud’ van een rechtshandeling verstaat men in het Nederlandse recht “hetgeen partijen hebben verklaard en hetgeen zij uit elkaars verklaringen en gedragingen redelijkerwijs hebben mogen afleiden”: H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”, *supra* noot 5, aant. 7.5 en de verwijzingen daar. De “strekking” van een rechtshandeling heeft een dubbele draagwijdte: enerzijds heeft dit begrip betrekking op “de ook voor anderen te voorziene gevolgen van de rechtshandeling” en anderzijds op “de ook voor anderen kenbare motieven van degene die de rechtshandeling verricht”: H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”, *supra* noot 5, aant. 7.6 en de verwijzingen daar.

<sup>98</sup> Een rechtshandeling is echter niet nietig, ondanks de schending van dwingende rechtsregels, indien bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen (reeds ten tijde van de totstandkoming) niet meer om die sanctie vragen: HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, nr. 265; HR 7 september 1990, *NJ* 1991, nr. 266, noot CJHB. Zie over die arresten ook: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 323. Verplicht een rechtshandeling tot een prestatie die door de wet verboden is, dan betekent dit niet *ipso facto* dat de rechtshandeling een verboden strekking heeft en bijgevolg nietig zou zijn, zelfs niet als beide partijen op de hoogte van dat verbod bij het sluiten van de rechtshandeling. Zie recent HR 1 juni 2012, *NJ* 2013, nr. 172, noot T. TJONG TJIN TAI. Dit arrest bouwt voort

gesanctioneerd met de vernietigbaarheid als de dwingende wetsbepaling “uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen” (art. 3:40 lid 2 NBW). Art. 3:40 lid 2 *in fine* NBW voegt hieraan toe dat de schending van een dwingende wetsbepaling slechts tot vernietigbaarheid of nietigheid leidt “voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit”.<sup>99,100</sup>

De *tweede wijze* waarop het Nederlandse recht dwingende rechtsregels indeelt, is echter niet vergelijkbaar met het Belgische recht.<sup>101</sup> Hier worden dwingende rechtsregels onderverdeeld naargelang de mate waarin afwijkingen zijn toegestaan. Zo kan het zijn dat (1) iedere afwijking verboden is, (2) slechts [2727] afwijkingen ten nadele van één partij verboden zijn of (3) afwijkingen enkel zijn toegestaan indien zij bepaalde vormvoorwaarden vervullen.<sup>102</sup>

## C. De gevolgen van dit ‘klassieke’ onderscheid in het Belgische, Franse en Nederlandse recht

**25. Inleiding** – Traditioneel koppelt men aan het onderscheid tussen regels van openbare orde en regels van (louter) dwingend recht een aantal rechtsgevolgen. In het Belgische recht worden rechtshandelingen die een bepaling van openbare orde schenden, bestraft met een absolute nietigheid. Schenden rechtshandelingen een bepaling van dwingend recht, dan worden die bestraft met een relatieve nietigheid. In wat volgt zal ik eerst het concept ‘nietigheid’ toelichten (1). Vervolgens (2 en 3) zal ik het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid in de ‘moderne’ nietigheidsleer en haar totstandkoming behandelen.

### 1. Het begrip ‘nietigheid’

**26. Omschrijving** – Traditioneel definieert men de nietigheid in België, Frankrijk en Nederland als een sanctie voor een overeenkomst (of verbintenis)<sup>103</sup> die niet aan alle geldigheidsvereisten ten tijde van haar

---

op eerdere uitspraken in dezelfde zin. Zie P. DEN HOLLANDER, “De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad” (noot onder HR 1 juni 2012), *NTBR* 2013, (28) nr. 3; H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”, *supra* noot 5, aant. 7.10.

<sup>99</sup> Hierdoor kan een sanctie die in het belang van één van de partijen is opgesteld, toch de nietigheid van rechtswege zijn: H. SNIJDERS, “Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt”, *WPNR* 2008, (541) 549 (hierna: H. SNIJDERS, “Ambtshalve aanvulling”); H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”, *supra* noot 5, aant. 6.6.3. en de verwijzingen daar. Zie in dit verband ook art. 3:40 lid 3 NBW: “*Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten.*”.

<sup>100</sup> Zie over (de structuur van) art. 3:40 NBW: E. HOOGERVORST, “Openbare orde en goede zeden in artikel 3:40 BW” in T. HARTLIEF en C. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, 137 e.v.; M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, *supra* noot 3, 41-47, nrs. 16-17; H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”, *supra* noot 5, aant. 4 e.v. en de verwijzingen daar.

<sup>101</sup> Gelet op het opzet van de rechtsvergelijking (zie *supra* nr. 6), zal ik dit slechts kort beschrijven.

<sup>102</sup> A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 315; M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, *supra* noot 3, 6-7, nr. 2. In dit laatste geval spreekt men van ‘semi-dwingend recht’ of ‘driekwartdwingend recht’, naargelang de afwijkingen slechts bij schriftelijke overeenkomst respectievelijk collectieve arbeidsovereenkomst zijn toegestaan: *ibid.* en H. SNIJDERS, “Maten van dwingend recht” in T. HARTLIEF en C. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, (153) 153, nr. 1 (hierna: H. SNIJDERS, “Maten van dwingend recht”). Heeft men te maken met dwingend recht dat van openbare orde is, spreekt ook wel van ‘super-dwingend recht’. Dit in tegenstelling tot dwingend recht dat niet van openbare orde is, wat men dan ‘normaal-dwingend recht’ noemt: H. SNIJDERS, “Maten van dwingend recht”, *supra* deze noot, (153) 153-154, nr. 1.

<sup>103</sup> Bepaalde rechtsleer beschouwt de nietigheid eerder als een sanctie voor verbintenissen dan al een sanctie voor overeenkomsten. Zie: I. CLAEYS, “Nietigheid in beweging”, *supra* noot 36, 270-271, nrs. 3-4; L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 674, nr. 537. Zie *infra* nr. 27 voor de zgn. ‘partiële’ nietigheid, die slechts een gedeelte van de overeenkomst/verbintenis treft.

totstandkoming voldoet<sup>104</sup> en die tot gevolg heeft dat de overeenkomst [2728] (of verbintenis) niet de beoogde rechtsgevolgen teweegbrengt.<sup>105</sup> In de drie stelsels heeft die sanctie een retroactieve werking en doet ze bijgevolg de overeenkomst (of verbintenis) voor zowel de toekomst als het verleden teniet.<sup>106</sup> Op andere punten zijn er echter fundamentele verschillen te bemerken tussen België en Frankrijk aan de ene kant en Nederland aan de andere kant. Om die verschillen zo gepast mogelijk te duiden, zal ik ze betrekken bij de bespreking van de totstandkoming van de ‘moderne’ nietigheidsleer.<sup>107</sup> Vooraleer over te gaan tot die bespreking, lijkt het me echter noodzakelijk om het begrip ‘nietigheid’ te preciseren.<sup>108</sup>

**27. Gehele of partiële nietigheid?** – Door de retroactieve uitwissing van de gehele verbintenis/overeenkomst is de nietigheid in beginsel een zeer radicale sanctie. Zij verstoort immers op ingrijpende wijze de relaties tussen partijen onderling en ten aanzien van derden.<sup>109</sup> Doordat zij een sanctie is voor rechtshandelingen die ongewenste toestanden teweegbrengen, dient zij (1) niet verder te gaan dan nodig is om deze ongewenste toestanden te verhelpen en (2) zo goed mogelijk te zijn aangepast aan het verhelpen [2729] van deze toestanden.<sup>110</sup> Om hieraan gehoor te geven heeft de Belgisch-Franse rechtsleer door middel van een zeer ruime (en vrije) interpretatie van art. 900 en 1172 BW de techniek van de partiële (of gedeeltelijke) nietigheid ontwikkeld.<sup>111</sup> Die partiële nietigheid kan echter tot gevolg hebben dat de inhoud van de overeenkomst wijzigt.<sup>112</sup> Hierdoor past men deze partiële sanctie in beginsel<sup>113</sup> niet toe indien de vernietigde clausule een essentieel onderdeel is dat een onverbreekbaar of ondeelbaar geheel

<sup>104</sup> Zie voor België: C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistance et annulabilité en Droit civil Belge”, *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 243 (hierna: C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistance”); A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 4, nr. 1 en de verwijzingen daar (hierna: A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”); voor Frankrijk: F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 100, nr. 82; voor Nederland: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 604 e.v.

<sup>105</sup> Zie voor België: E. DIRIX, B. TILLEMANS en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 276 (hierna: E. DIRIX *et al.* (eds.), *Woordenboek*); A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 4, nr. 1; voor Frankrijk: F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 100, nr. 82; voor Nederland: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 27, nr. 601; J. HJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 110 (hierna: J. HJMA, *Nietigheid*).

<sup>106</sup> Zie voor België: C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistance”, *supra* noot 104, 269; S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 35-36, nr. 20; voor Frankrijk: F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 100, nr. 82; in Nederland heeft deze sanctie ‘van rechtswege’ uitwerking: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 604 e.v.

<sup>107</sup> Zie *infra* nrs. 31-39.

<sup>108</sup> Voor een bespreking van verwante sancties zoals verval (of caduciteit), rescisie en niet-tegenstelbaarheid is geen plaats in het bestek van deze bijdrage. Voor deze sancties, zie voor België: S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 54 e.v., nr. 45 e.v. (voor verval); V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Les nullités en droit civil” in E. VIEUJEAN (ed.), *Les nullités en droit belge: sanctions du vice et conséquences*, Luik, Ed. Jeune barreau du Liège, 1991, (9) 29-32 (voor alle vermelde sancties) (hierna: V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Nullités”); zie voor Frankrijk voor alle vermelde sancties: P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nrs. 86-89; S. SANA-CHAILLE DE NERE, “Contrats et obligations – Nullité ou rescision des conventions. Généralités: nullités – Art. 1304 à 1314 (fasc. 10)” in *JCl. civ.* 2006, nrs. 17-53 (hierna: S. SANA-CHAILLE DE NERE, “Nullités”); F. TERRE *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 100-103, nr. 82.

<sup>109</sup> W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* 1987, *supra* noot 1, 416, nr. 131.

<sup>110</sup> W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* 1987, *supra* noot 1, 404, nr. 128. Zie voor Frankrijk: M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 577, nr. 974; voor Nederland: HR 17 januari 2006, *NJ* 2006, nr. 378; HR 5 januari 2007, *NJ* 2008, nr. 502; J. HJMA, *Nietigheid*, *supra* noot 105, 74 en de verwijzingen daar in vn. 127.

<sup>111</sup> Voor België zie: R. BARBAIX, “Art. 900 B.W. en de omvang van de nietigheid, bekeken en beoordeeld vanuit het gemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht”, *TBBR* 2009, 3-18; S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 40-41, nrs. 26-27 en de verwijzingen daar; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* 1987, *supra* noot 1, 424-426, nr. 133; P. WÉRY, *Obligations* 2011, *supra* noot 7, 325-326, nr. 331; voor Frankrijk zie: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 123, nr. 130 en P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nr. 83.

<sup>112</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 123, nr. 130.

<sup>113</sup> Uitzonderlijk gebeurt dit wel: zie bv. Cass.fr. (3<sup>e</sup> civ.) 31 januari 2001, nr. 98-12.895, *JurisData* nr. 2001-008156, *JCP G* 2001, I, 354, nr. 1, obs. Y.-M. SERINET. Reden hiervoor is dat een volledige vernietiging een schending van (een bepaling van) openbare orde zou uitmaken: P. LECLERCQ, “Ordre public”, *supra* noot 15, nr. 83.



vormt met de rest van de overeenkomst.<sup>114,115</sup> Ook in Nederland hanteert men de partiële nietigheid op dergelijke wijze.<sup>116</sup> De basis voor die sanctie vindt men hier echter in de wet, nl. in art. 3:41 NBW.

**28. Tekstuele of virtuele nietigheid?** – Dient elke nietigheidssanctie door de wet te zijn voorzien, of kan de rechter die sanctie ook in andere gevallen uitspreken? In de 19<sup>de</sup> eeuw hing de exegetische school die eerste stelling [2730] aan.<sup>117</sup> Vandaag verwerpen rechtspraak<sup>118</sup> en rechtsleer<sup>119</sup> echter dat het adagium *Pas de nullité sans texte* (ook) in het algemeen geldt voor materieelrechtelijke nietigheden. Bijgevolg kan de rechter in België en Frankrijk de nietigheid ook uitspreken indien de wet er niet uitdrukkelijk in voorziet.

**29. Verplichte of facultatieve nietigheid?** – Indien een rechtshandeling een wetsbepaling van openbare orde of dwingend recht schendt, betekent dit dan dat deze rechtshandeling verplicht wordt gesanctioneerd met een nietigheid? Of heeft de rechter in dergelijke gevallen een bepaalde appreciatiebevoegdheid? Zeker in het geval van een ‘virtuele’ nietigheid erkent men de bevoegdheid van de rechter om de ernst van de schending te beoordelen en bijgevolg na te gaan of de nietigheidssanctie gepast is.<sup>120</sup>

**30. Absolute en relatieve nietigheid** – Naast het onderscheid *gehele/partiële* nietigheid, *tekstuele/virtuele* nietigheid en *verplichte/facultatieve* nietigheid, maakt men het onderscheid tussen een *absolute* en een *relatieve* nietigheid. Hoewel de 20<sup>ste</sup>-eeuwse theorie aanvankelijk uitging van een veel genuanceerder (maar ook veel complexer) onderscheid tussen de absolute [2731] en de relatieve nietigheid,<sup>121</sup> lijkt men

<sup>114</sup> S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 41, nr. 28.

<sup>115</sup> Zie uitgebreider over de partiële nietigheid voor België: I. CLAEYS, “Nietigheid in beweging”, *supra* noot 36, 304-312, nrs. 53-63; voor Frankrijk: M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 582-596, nrs. 983-1013.

<sup>116</sup> Zie uitgebreider: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nrs. 645-647.

<sup>117</sup> Zie: P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 948, nr. 626. LAURENT erkende bv. wel dat de wetgever niet elke nietigheid expliciet heeft aangeduid en dat de rechter bijgevolg de nietigheid overeenkomstig de ‘stilzwijgende toestemming van de wetgever’ kan uitspreken: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, I, Brussel, Bruylant, 1887, 81, nr. 45.

<sup>118</sup> Voor België zie: Cass. 26 mei 2006, *DCCR* 2007, 476, noot P. WÉRY; Brussel 16 maart 2009, *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMIN; voor Frankrijk: zie bv. Cass.fr. (3<sup>e</sup> civ.) 10 juni 2009, nr. 08-15.533, *JurisData* nr. 2009-048519, *Bull.civ.* 2009, III, nr. 138, *JCP G* 2009, nr. 273, obs. Y.-M. SERINET; Cass.fr. (1<sup>re</sup> civ.) 20 mei 2010, nr. 09-65.045, *JurisData* nr. 2010-006588, *JCP G* 2010, 1734, noot F. PLANCKEEL (fragment). Er is echter ook Franse rechtspraak in tegengestelde zin: Cass.fr. (soc.) 17 maart 2010, nr. 07-44.468: *JurisData* nr. 2010-002046, *Bull.civ.* 2010, V, nr. 69.

<sup>119</sup> Zie voor België: C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistance”, *supra* noot 104, 267-268; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 5, nr. 2 en de verwijzingen daar; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel 1987*, *supra* noot 1, 405, nr. 128; P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 948, nr. 626; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 316, nr. 323 en de verwijzingen naar rechtsleer daar; voor Frankrijk: F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 105, nr. 85. *Contra* voor België: W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, *supra* noot 31, 147.

<sup>120</sup> P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 316, nr. 324. Zie voor een voorbeeld Cass. 26 mei 2006, *supra* noot 118. Voor Frankrijk zie: F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 406-407, nr. 390 en de verwijzingen daar naar rechtspraak. Volgens TERRÉ *et al.* is een nietigheid enkel facultatief in het geval van een relatieve nietigheid. Zie voor Nederland ook recent: HR 1 juni 2012, *NJ* 2013, nr. 172, noot T. TJONG TJIN TAI. Dit arrest bouwt voort op eerdere uitspraken in dezelfde zin. Zie: P. DEN HOLLANDER, “De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad” (noot onder HR 1 juni 2012), *NTBR* 2013, (28) nr. 3; H. VAN KOOTEN, “Art. 3:40 BW”, *supra* noot 5, aant. 7.10.

<sup>121</sup> Zo erkende bepaalde rechtsleer vroeger de volgende tussenvormen of afwijkingen van het onderscheid absolute – relatieve nietigheid: (1) *nullités purement personnelles*, (2) *nullités relatives destinées à protéger plusieurs personnes*, (3) *nullités relatives généralisées*, (4) *nullités d'intérêt privé général*, (5) *nullités naturelles* en (6) *nullités d'intérêt social ou d'ordre public*. Zie: C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistance”, *supra* noot 104, 270-281. Zie ook: R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 536-635 (hierna: R. JAPIOT, *Théorie*).

naar huidig recht dit (rudimentaire) onderscheid in beginsel<sup>122</sup> te koppelen aan de schending van een regel van openbare orde (absolute nietigheid) en een regel van dwingend recht (relatieve nietigheid).<sup>123</sup>

## 2. De totstandkoming van het onderscheid absolute – relatieve nietigheid

**31. Klassiek (?) criterium: ernst van het gebrek** – In navolging van JAPIOT<sup>124</sup> beschrijft de latere 20<sup>ste</sup>-eeuwse rechtsleer de zgn. ‘klassieke’ 19<sup>de</sup>-eeuwse theorie van de nietigheid als een theorie die het contract vergelijkt met een levend organisme.<sup>125</sup> Kleefde hieraan een gebrek, dan was de intensiteit van dit gebrek doorslaggevend voor de sanctie.<sup>126</sup> Indien een bestaansvoorwaarde ontbrak, was het contract ‘doodgeboren’ en was de sanctie een *absolute* nietigheid of – volgens sommigen – ‘onbestaanbaarheid’. Wanneer echter alle bestaansvoorwaarden aanwezig zijn, maar niet voldaan is aan alle geldigheidsvoorwaarden (zoals dwaling, bedrog, geweld bij de toestemming) was het contract ‘ziek’ en was het contract behept [2732] met een *relatieve* nietigheid.<sup>127, 128</sup>

Men kan twijfelen aan de nauwkeurigheid van die 20<sup>ste</sup>-eeuwse analyse.<sup>129</sup> Zo lijkt de bewering dat er een ‘klassieke’ theorie is ietwat ongenueanceerd. Vrijwel iedere auteur heeft zijn visie op de nietigheidsleer, waardoor het m.i. moeilijk is om van een enkele theorie te spreken.<sup>130</sup> Bovendien is de verwijzing naar de

<sup>122</sup> De wet voorziet ook soms ook in sancties die geen traditionele absolute of relatieve nietigheid zijn: bv. art. 1340 BW; de nietigheden in het vennootschapsrecht (art. 172-177, 227-228 en 454-455 W.Venn.) en de sancties in de Wet Consumentenkrediet: art. 85-99 wet 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, BS 9 juli 1991, 15203.

<sup>123</sup> V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Nullités”, *supra* noot 108, 76 e.v.; L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 682 e.v.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les incapables – Les obligations*, Brussel, Bruylant, 1964, 740 e.v., nr. 775 e.v. (hierna: H. DE PAGE, II); M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 37 e.v.; S. STJNS, “Nietigheid als sanctie”, *supra* noot 34, 229 e.v.; S. STJNS, *Leerboek 1*, *supra* noot 1, 128 e.v.; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, *supra* noot 31, 146 e.v.; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 318, nr. 326.

<sup>124</sup> R. JAPIOT, *Théorie*, *supra* noot 121, 270-272.

<sup>125</sup> Zie voor België: C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 250; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel 1987*, *supra* noot 1, 400, nr. 127; voor Frankrijk: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 874-875, nr. 736; F. TERRÉ et al., *Droit civil*, *supra* noot 15, 106-107, nr. 87.

<sup>126</sup> C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 250; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel 1987*, *supra* noot 1, 400, nr. 127.

<sup>127</sup> C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 245 e.v.; F. TERRÉ et al., *Droit civil*, *supra* noot 15, 106-107, nr. 87; P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 951-954, nr. 630.

<sup>128</sup> Vgl. de bespreking bij G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIV, *Des obligations*, III, Parijs, Larose & Tenin, 1908, 268-270, nrs. 1929-1931 (hierna: G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XIV). Hierbij gebruiken zij evenwel geen antropomorfe metafoor.

<sup>129</sup> RENARD en VIEUJEAN brengen dan ook terecht de nodige nuances aan bij hun bespreking van de ‘klassieke’ theorie: zie hiervoor C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 254, vn. 4.

<sup>130</sup> Vgl. de besprekingen van de nietigheid bij o.a. de volgende auteurs: C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, I, Parijs, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence – Cosse, 1856, § 37, 110-115 (hierna: C. AUBRY en C. RAU, I) en C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, III, Parijs, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence – Cosse, 1856, III, 171-201, §§ 332-339 (hierna: C. AUBRY en C. RAU, III); A. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, V, Art. 1101 – 1386, Parijs, Henri Plon, 1865, 492-522, nrs. 261-275bis (hierna: A. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, V); C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXIX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, VI, Parijs, Durand & Pedone Lauriel, 1876, 1-101, nrs. 1-117 (hierna: C. DEMOLOMBE, XXIX); M. DURANTON, *Cours de droit français selon le Code civil*, XII, Parijs, G. Thorel en Guilbert, 1844, 588-659, nrs. 512-572 (hierna: M. DURANTON, XII). Zie ook voor een overzicht van de diverse stellingen: M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Principes généraux – Les personnes – La famille – Les incapables – Les biens*, Parijs, F. Pichon, 1904, I, 126-128, nrs. 332-334 (hierna: M. PLANIOL, I) Zo maken bepaalde auteurs een onderscheid tussen (absolute) nietigheid en onbestaanbaarheid: C. AUBRY en C. RAU, I, *supra* deze noot, 111 e.v., § 37. In deze zin ook M. PLANIOL, I, *supra* deze noot, 127, nr. 333. Anderen maken dit onderscheid niet: A. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, V, *supra* deze noot, 492-493, nr. 262; C. DEMOLOMBE, XXIX, *supra* deze noot, 16, nr. 21; M. DURANTON, XII, *supra* deze noot, 596, nr. 521; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique de Code Napoléon*, IV, Parijs, Delamotte, 1892, 378-379, nr. 423 en 702, nr. 871. Zie: H. CAPITANT, *Introduction à l'étude de droit civil – notions générales*, Parijs, Pedone, 1898, 250 e.v. (hierna: H. CAPITANT, *Introduction*).

antropomorfe benadering van het contract bij nader inzien veeleer een 20<sup>ste</sup>-eeuwse uitvinding.<sup>131</sup> De enige auteur van die ‘klassieke’ periode die enigszins [2733] een allusie maakt op die metafoor, is DEMOLOMBE.<sup>132</sup> En dan nog lijkt het me niet volledig correct om in die enkele vermelding een algemeen dragend principe van een ‘klassieke’ theorie te zien.<sup>133</sup> Het onderscheid tussen bestaans- en geldigheidsvoorwaarden werd daarentegen wel degelijk door vele auteurs minstens enigszins gemaakt.<sup>134</sup>

**32. Gevolgen van dit onderscheid** – Het onderscheid relatieve nietigheid – absolute nietigheid – onbestaanbaarheid betrof volgens de 20<sup>ste</sup>-eeuwse rechtsleer drie elementen. *Ten eerste* was de tussenkomst van de rechter enkel voor de relatieve nietigheid vereist opdat de sanctie effectief zou plaatsgrijpen. Bij absolute nietigheid en onbestaanbaarheid was een dergelijke tussenkomst overbodig: “*la justice n’avait pas à intervenir pour rendre inefficace l’acte inexistant: on n’annule pas le néant*”<sup>135</sup>. *Ten tweede* konden enkel de beschermde personen de relatieve nietigheid vorderen, [2734] terwijl bij een absolute nietigheid en onbestaanbaarheid iedereen op die sancties een beroep kon doen.<sup>136</sup> In het geval van absolute nietigheid of onbestaanbaarheid sprak de rechter de sanctie dan ook niet uit, maar stelde hij enkel haar aanwezigheid vast.<sup>137</sup> *Ten derde* kon ook enkel de vordering tot relatieve nietigheid verjaren<sup>138</sup> en kon

<sup>131</sup> Eén van de eerste auteurs die uitdrukkelijk die vergelijking maakt met betrekking tot de geldigheid van de overeenkomst is CAPITANT: “*L’acte annulable, au contraire, réunit les conditions exigées pour vivre, les divers éléments nécessaires à son existence; il est né viable.*” (H. CAPITANT, *Introduction*, *supra* noot 130, 251); “*De même qu’un être vivant est constitué par la réunion de certains organes essentiels, indispensables à son existence, de même, l’acte juridique [...] est un composé d’éléments constitutifs, aussi nécessaires et essentiels à sa formation que les organes à l’existence des êtres animés. Si l’un de ces éléments fait défaut, l’acte juridique ne peut pas naître.*” (*ibid.*) en “*L’annulation est donc la condamnation, la mise à morte de l’acte.*” (*ibid.*, 252).

<sup>132</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, III, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, I, Parijs, Durand – Hachette et Cie, 1860, 386, nr. 240: “*En résumé donc, il faut distinguer entre les conditions essentielles dont l’absence empêche absolument le mariage de se former, d’exister, et les autres conditions dont l’absence ou l’irrégularité n’empêche pas la formation et l’existence du mariage, lors même qu’elles seraient de nature à en faire prononcer la nullité. Dans le premier cas, le mariage est nul; il n’y a pas de mariage; dans le second cas, le mariage existe, il est seulement annulable. Et la différence est très-grande! L’acte nul ou inexistant est mort-né, si j’osais dire ainsi! ou plutôt c’est le néant même! L’acte annulable n’est qu’infirm; il est malade, susceptible, à la vérité, de périr, mais susceptible aussi très-souvent d’être guéri et sauvé!*” (cursivering in origineel). Bij andere auteurs (vermeld *supra*, vn. 130) is dan ook geen dergelijke metafoor te vinden.

<sup>133</sup> Zo lijkt DEMOLOMBE overigens ook het ‘beschermde belang’ als onderscheidingscriterium te zien: *ibid.*, 390, nr. 243: “*Parmi les causes d’annulabilité, ou pour dire désormais comme le Code Napoléon, de nullité du mariage, les unes ont été introduites principalement dans l’intérêt particulier de certaines personnes; les autres, au contraire, dans l’intérêt général de la société et de l’ordre public. Les premières sont appelées nullités relatives ou respectives; les secondes, nullités absolues.*” (cursivering in origineel)

<sup>134</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XIV, *supra* noot 128, 268-270, nrs. 1929-1931; C. DEMOLOMBE, XXIX, *supra* noot 130, 16, nr. 21. Zie ook: C. AUBRY en C. RAU, I, *supra* noot 130, 111-115, § 37; A. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, V, *supra* noot 130, 494-495, nr. 263. Vgl. M. DURANTON, XII, *supra* noot 130, 601-602, nr. 524. Zie ook: Zie H. CAPITANT, *Introduction*, *supra* noot 130, 250 e.v.

<sup>135</sup> C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 252. Zie: G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XIV, *supra* noot 128, 273-274, nr. 1932; A. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, V, *supra* noot 130, 492-493, nr. 262; M. DURANTON, XII, *supra* noot 130, 596, nr. 521. Zie ook: H. CAPITANT, *Introduction*, *supra* noot 130, 256-257. Vgl. M. PLANIOL, I, *supra* noot 130, 130-131, nr. 338. Volgens sommigen was een rechterlijke tussenkomst wel vereist bij een absolute nietigheid, maar niet bij een onbestaanbaarheid: in deze zin C. AUBRY en C. RAU, I, *supra* noot 130, 111 en 113-114, § 37.

<sup>136</sup> Zie: C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 252 en de verwijzingen daar. Eveneens in die zin C. AUBRY en C. RAU, I, *supra* noot 130, 111 en 113, § 37; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XIV, *supra* noot 128, 274, nr. 1932; H. CAPITANT, *Introduction*, *supra* noot 130, 258-259; A. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, V, *supra* noot 130, 494, nr. 262bis.II.; C. DEMOLOMBE, XXIX, *supra* noot 130, 16-17, nrs. 22-23; M. PLANIOL, I, *supra* noot 130, 131, nr. 339.

<sup>137</sup> C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 252. Eveneens in die zin G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XIV, *supra* noot 128, 273, nr. 1932; H. CAPITANT, *Introduction*, *supra* noot 130, 256-257; A. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, V, *supra* noot 130, 494, nr. 262bis.II.; M. DURANTON, XII, *supra* noot 130, 596, nr. 521; M. PLANIOL, I, *supra* noot 130, 130-131, nr. 338.

<sup>138</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 874-876, nrs. 736-739; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 252-254. Eveneens in die zin G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XIV, *supra* noot 128, 274-275, nr. 1932; Zie H. CAPITANT, *Introduction*, *supra* noot 130, 259-260; A. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, V, *supra* noot 130, 494, nr. 262bis.II.; C. DEMOLOMBE, XXIX, *supra* noot 130, 16-17, nrs. 22-23; M. DURANTON, XII, *supra* noot 130, 598-599, nr. 525; M. PLANIOL, I,

enkel de rechtshandeling behept met een relatieve nietigheid worden bevestigd.<sup>139</sup> Hieruit concluderen 20<sup>ste</sup>-eeuwse auteurs dat men qua rechtsgevolgen geen onderscheid [2735] maakte tussen ‘absolute nietigheid’ en ‘onbestaanbaarheid’. Initieel was dit volgens hen wel het geval,<sup>140</sup> maar al gauw incorporeerde het begrip ‘onbestaanbaarheid’ de ‘absolute nietigheid’.<sup>141</sup>

**33. Afwijzing van ‘onbestaanbare’ rechtshandeling** – De voornaamste kritiek betrof de onduidelijke grens tussen bestaans- en geldigheidsvoorwaarden.<sup>142</sup> Daarnaast uitte men ook kritiek op de vaagheid van het begrip ‘onbestaanbare’ rechtshandeling<sup>143</sup> en de weinig genuanceerde gevolgen die hiermee samenhangen.<sup>144</sup> Dit heeft er in de drie stelsels toe geleid dat de theorie van de ‘onbestaanbare’ rechtshandeling in beginsel<sup>145</sup> werd afgewezen.<sup>146</sup> [2736]

**34. Gevolgen voor de nietigheid ‘van rechtswege’** – Nadat de theorie van de ‘onbestaanbare’ rechtshandeling was afgewezen, kwamen de ‘nietigheid van rechtswege’ en haar gevolgen onder vuur te liggen in Nederland en Frankrijk.<sup>147</sup> De essentie van die sanctie is dat ze van rechtswege uitwerking heeft, d.i. zonder rechterlijke tussenkomst. Die kritiek op het declaratoire karakter van de rechterlijke uitspraak heeft in de drie rechtstelsels echter niet hetzelfde gevolg gekregen.

In België en Frankrijk verbond men het lot van de nietigheid van rechtswege aan dat van de onbestaanbaarheid. Samen met de onbestaanbaarheid verwierp men ook de nietigheid van rechtswege (en

---

*supra* noot 130, 131-132, nr. 339. Vgl. C. AUBRY en C. RAU, I, *supra* noot 130, 111-115, § 37 en III, *supra* noot 130, 186-201, §§ 337 en 339: volgens hen zijn nietigheden (zowel absoluut als relatief) in principe vatbaar voor verjaring en bevestiging, en dit in tegenstelling tot gevallen van ‘onbestaanbaarheid’.

<sup>139</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 874-876, nrs. 736-739; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 252-254. Eveneens in die zin G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XIV, *supra* noot 128, 274-275, nr. 1932. H. CAPITANT, *Introduction*, *supra* noot 130, 259; A. DEMANTE en E. COLMET DE SANTERRE, V, *supra* noot 130, 494, nr. 262bis.II.; C. DEMOLOMBE, XXIX, *supra* noot 130, 16-17, nrs. 22-23; M. DURANTON, XII, *supra* noot 130, 598-599, nr. 525; M. PLANIOL, I, *supra* noot 130, 131, nr. 339. Vgl. C. AUBRY en C. RAU: zie de nuance in de vorige voetnoot.

<sup>140</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 875, nr. 736.

<sup>141</sup> W. VAN GERVEN, *Algemeen deel 1987*, *supra* noot 1, 402, nr. 127. Zie ook: J. HIJMA, *Nietigheid*, *supra* noot 105, 53-54 en de verwijzingen daar. In deze zin bv. H. CAPITANT, *Introduction*, *supra* noot 130, 250-275. *Contra* echter M. PLANIOL, I, *supra* noot 130, 134-136, nrs. 345-349. Zie *supra* vn. 130 voor ‘klassieke’ auteurs die wel en auteurs die geen onderscheid maken tussen onbestaanbaarheid en (absolute) nietigheid.

<sup>142</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 875, nr. 737 met verwijzing naar E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Parijs, Sirey, 1937, 146; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 258-259; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel 1987*, *supra* noot 1, 403, nr. 128.

<sup>143</sup> F. TERRE *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 107-108, nr. 88.

<sup>144</sup> J. HIJMA, *Nietigheid*, *supra* noot 105, 74 en de verwijzingen daar; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 258.

<sup>145</sup> Er zijn nochtans wel enkele uitzonderingen op deze principiële afwijzing: zie bv. voor België Cass. 9 januari 1936, *Pas.* 1936, I, 110. In andere gebieden dan het verbintenissen- en vermogensrecht kan de theorie van de onbestaanbare rechtshandeling in bepaalde gevallen wel enig gevolg krijgen, bv. in Nederland in het huwelijks- en rechtspersonenrecht: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 610. De bespreking van die gevallen valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.

<sup>146</sup> Dit onderscheid werd in België in 1971 door het Hof van Cassatie van de hand gewezen: Cass. 21 oktober 1971, *Pas.* 1972, I, 174, *RCJB* 1972, 415, noot F. RIGAUX. Aan dit arrest is een zeer ruime draagwijdte gehecht, die de hypothese van het arrest (gebrek aan toestemming) overstijgt. Ook rechtsleer wijst het onderscheid af. Voor België zie: V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Nullités”, *supra* noot 108, 26-27; J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 317, nr. 59 en de verwijzingen daar; P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 948, nr. 626; voor Frankrijk: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 876, nr. 738; F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 107-108, nr. 88; In Nederland verwerpen de meeste auteurs dit onderscheid eveneens: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 610 en de verwijzingen daar.

<sup>147</sup> In Nederland kwam deze kritiek bv. van VAN HAMEL (J.A. VAN HAMEL, *De leer der nulliteiten in het burgerlijke recht*, doctoraal proefschrift UvA, Amsterdam, J. de Bussy, 1902, viii + 164 p.); in Frankrijk bv. van JAPIOT (R. JAPIOT, *Théorie*, *supra* noot 121, 964 p.).

dus ook het declaratoire karakter van de rechterlijke uitspraak).<sup>148,149</sup> Men argumenteerde (en argumenteert nog steeds) dat de tussenkomst van de rechter steeds vereist is om een nietigheid uitwerking te doen krijgen. Rechtsleer haalt hiervoor een drietal argumenten aan. Zo meent bepaalde rechtsleer dat een nog niet vernietigde overeenkomst steeds een schijn van geldigheid heeft, en dat de rechterlijke tussenkomst noodzakelijk is om die schijn weg te nemen.<sup>150,151</sup> Deels samenhangend met dat argument verwijst men naar het verbod van eigenrichting om een ‘nietigheid van rechtswege’ af te wijzen.<sup>152</sup> Eén auteur ziet ten slotte de grondslag van de rechterlijke tussenkomst in de zwaarwichtige gevolgen [2737] van de nietigheid.<sup>153,154</sup> Vanwege dit verplicht gerechtelijke karakter is het correcter om eerder van de ‘vernietigbaarheid’ van een rechtshandeling dan van de ‘nietigheid’ te spreken.<sup>155</sup>

In Nederland behield men echter de nietigheid van rechtswege.<sup>156</sup> Volgens Nederlandse rechtsleer is een nietigheid van rechtswege conceptueel ook niet gelijk te stellen met de (verworpen) onbestaanbaarheid. Een rechtshandeling die van rechtswege nietig is, bestaat wel degelijk: ze ontbeert enkel bepaalde rechtsgevolgen.<sup>157</sup> Tot op vandaag is een rechterlijke tussenkomst niet vereist om de nietigheid haar uitwerking te laten hebben.<sup>158</sup> Tegen een verplichte rechterlijke tussenkomst voert men in Nederland een aantal argumenten aan. *Ten eerste* verwacht men volgens bepaalde Nederlandse rechtsleer materieel en formeel recht. De rechter moet zich voor zijn uitspraak baseren op het objectief recht, dat een bepaalde daad verwerpt. Hierdoor ontstaat een temporeel verschil: het recht keurt een rechtshandeling onmiddellijk af, terwijl de rechter pas nadien deze rechtshandeling nietig verklaart. Volgens deze strekking is dit een

<sup>148</sup> Voor België zie: S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 39, nr. 24; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 312, nr. 319; voor Frankrijk zie: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 876-880, nrs. 738-741; F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 106-107, nr. 88 en de verwijzingen daar.

<sup>149</sup> Vgl. de auteurs vermeld in vn. 130 die wel een onderscheid maakten tussen de nietigheid (van rechtswege) en de onbestaanbaarheid.

<sup>150</sup> Voor België zie: H. DE PAGE, II, *supra* noot 123, 750-751, nr. 781; S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 38, nr. 23 en de verwijzingen daar; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel 1987*, *supra* noot 1, 443, nr. 138; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 6, nr. 3 en de verwijzingen daar; voor Frankrijk zie: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 876, nr. 739; M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 573, nr. 964 en de verwijzingen daar; F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 406, nr. 390.

<sup>151</sup> Sommigen nuanceren die vereiste van rechterlijke tussenkomst en menen meer algemeen dat een ‘gepaste reactie’ nodig is. Die “gepaste reactie” kan bestaan uit rechterlijke tussenkomst, maar ook uit een minnelijke vernietiging: C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 261, vn. 4.

<sup>152</sup> Zo leest men bij RENARD en VIEUJEAN bv. het volgende: “[...] nullités de plein droit n'ont lieu [...]. Le juge doit intervenir pour que la nullité soit acquise; lui seul peut la prononcer, car on ne peut se faire justice à soi-même.” (C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence”, *supra* noot 104, 263 e). Voor Frankrijk zie: A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, Lextenso, 2012, 161, nr. 204.

<sup>153</sup> J. BAECK, “(Feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten”, *TPR* 2008, (321) 326, nr. 4 (hierna: J. BAECK, “(Feitelijk?) vooruitlopen”). Zij bespreekt het gerechtelijk karakter van de nietigheid evenwel als verantwoording van de afwijzing van een buitengerechtelijke vernietiging op partijverklaring. Het is bijgevolg onduidelijk of dit naar haar mening ook zouden moeten leiden tot een afwijzing van de nietigheid van rechtswege.

<sup>154</sup> Het *De Valks Juridisch Woordenboek* definieert de nietigheid overigens specifiek vanuit de vereiste rechterlijke tussenkomst. Volgens dit werk is de nietigheid immers een “door de rechter uit te spreken ongeldigheid; afwezigheid van rechtsgevolgen van een rechtshandeling”: E. DIRIX *et al.* (eds.), *Woordenboek*, *supra* noot 105, 276.

<sup>155</sup> S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 37, nr. 21; J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 878, nr. 20, vn. 175. Zie ook: T. TANGHE, “Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond”, *TPR* 2012, (705) 707, nr. 1 (hierna: T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”).

<sup>156</sup> De stelling van VAN HAMEL, volgens wie een rechterlijke tussenkomst steeds vereist was, werd vanaf de jaren 30 in Nederland sterk bestreden. Zie voor deze Nederlandse rechtsleer: J. HIJMA, *Nietigheid*, *supra* noot 105, 56-60.

<sup>157</sup> A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 610 en de verwijzingen daar. Dit (correcte) onderscheid wordt al eens over het hoofd gezien: zie bv. H. CAPITANT, *Introduction*, *supra* noot 130, 250 e.v.; L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 678, nr. 540; W. VAN GERVEN, “Onverbindendheid: blokkendoos of grabbelton?” in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, (483) 487, nr. 6.

<sup>158</sup> HR 15 november 1985, *NJ* 1986, nr. 227; A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 607.

‘innerlijke tegenstrijdigheid’.<sup>159</sup> *Ten tweede* over-[2738] tuigen de tegenargumenten niet. Het tegenargument dat bij een nietigheid van rechtswege sprake is van eigenrichting,<sup>160</sup> snijdt geen hout. Wordt een gebrek bij de totstandkoming van de overeenkomst gesanctioneerd met een nietigheid van rechtswege, dan treedt de nietigheid op grond van het recht in. Bijgevolg is er geen handeling meer nodig van een rechtssubject om de nietigheid uitwerking te doen krijgen, en kan er dus ook geen sprake zijn van eigenrichting. Het tegenargument dat een rechterlijke tussenkomst vereist is bij onenigheid, neemt niet weg dat de nietigheid van rechtswege uitwerking kan krijgen.

**35. Evaluatie van de verplichte rechterlijke tussenkomst** – De argumenten die in Nederland hebben geleid tot de aanvaarding van een nietigheid die ‘van rechtswege’ werkt, zijn m.i. overtuigend. Ik ben het met FOKKEMA<sup>161</sup> eens dat de Belgisch-Franse positie eerder op traditie dan op overtuigende argumenten berust. Het argument dat de tussenkomst van de rechter vereist is om de ‘schijn van geldigheid’ van de overeenkomst weg te nemen, overtuigt immers niet. Het is correct dat een overeenkomst die behept is met een nietigheid, een ‘schijn van geldigheid’ kan hebben. Waarom dit verhindert dat een nietigheid zonder tussenkomst van de rechter uitwerking kan krijgen, is mij echter niet duidelijk.<sup>162</sup> Indien de doelstelling van de wet vereist dat een nietigheid *ab initio* effect heeft, lijkt het me overbodig toch een rechterlijke tussenkomst *a priori* te verplichten.

**36. Aanvaarding van de partiële relatieve nietigheid van rechtswege in het Belgische recht?** – Men kan argumenteren dat het Hof van Cassatie die stelling – alleszins voor de nietigheid van een beding – vooralsnog éénmalig is bijgetreden in zijn arrest van 25 april 2003<sup>163</sup>. In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat de verhuurder de bescherming van art. 6 Handelshuurwet rechtstreeks uit de wet put en dat hij niet verplicht is eerst de nietigheid te vorderen van de bedingen die strijdig zijn met dit artikel om [2739] zich op die bescherming te kunnen beroepen.<sup>164</sup> Doordat de verhuurder niet eerst verplicht is om de nietigheid van het beding te vorderen om te kunnen genieten van de geboden bescherming, zou men hierin een vorm van partiële nietigheid van rechtswege kunnen ontwaren. Bij de klassieke, gerechtelijke

<sup>159</sup> J. HJMA, *Nietigheid*, *supra* noot 105, 114. Hij verduidelijkt dit als volgt: “Men kan niet enerzijds aannemen dat de verwerping door het objectieve recht de basis van het rechterlijk oordeel vormt, en anderzijds menen dat de rechter zelf het effect van die verwerping zou creëren.” (*ibid.*)

<sup>160</sup> Zie S. STJNS, “Onrechtmatige bedingen?”, *supra* noot 36, 929, nr. 17 voor verwijzingen naar rechtsleer die deze mening is toegedaan. STJNS stemt overigens in met de door HJMA en anderen geuite kritiek: *ibid.*, 930, nr. 17.

<sup>161</sup> D. FOKKEMA, “Nietigheden in het privaatrecht”, *RMTh.* 1971, (271) 283.

<sup>162</sup> Indien de ‘schijn van geldigheid’ een doorslaggevend argument zou zijn, zou dit m.i. verhinderen dat men in het Belgische recht een nieuwe buitengerechtelijke sanctie kan invoeren voor onrechtmatige bedingen. Een beding dat men van rechtswege ‘onwerkzaam acht’ of ‘voor niet geschreven houdt’ heeft immers toch dezelfde ‘schijn van geldigheid’? Voorstanders in België van een dergelijke sanctie zijn bv. STJNS (onwerkzaamheid) en WÉRY (voor niet geschreven gehouden): S. STJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 51, nr. 41; P. WÉRY, “Nullité, inexistence et réputé non écrit” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (7) 22-25, nrs. 10-11 (hierna: P. WÉRY, “Nullité”). Zie uitgebreider hierover *infra* nrs. 87-88.

<sup>163</sup> Cass. 25 april 2003, *Pas.* 2003, 877, *TBBR* 2005, 42, noot P. WÉRY.

<sup>164</sup> De letterlijke overwegingen van het Hof waren de volgende: “Overwegende dat de partijen, krachtens artikel 6 van de Handelshuurwet, het recht hebben om bij het verstrijken van elke driejarige periode de herziening van de huurprijs te vragen, mits zij voldoen aan de verder in dit artikel bepaalde vereisten; Dat die bepaling van dwingend recht is ter bescherming van zowel de huurder als de verhuurder, en geldt niettegenstaande daarmee strijdige bedingen in de huurovereenkomst; Dat de verhuurder aldus de bescherming van artikel 6 rechtstreeks uit de wet put en niet uit een conventioneel beding in de huurovereenkomst; Dat hij om de toepassing van dit recht te eisen niet verplicht is eerst de nietigverklaring te vorderen van de met dit recht strijdige bedingen in de huurovereenkomst.”

vernietiging is het immers ondenkbaar dat een partij reeds wordt beschermd voordat het contractuele beding is vernietigd.

De invloed van dit arrest op de vereiste rechterlijke tussenkomst blijft echter vooralsnog onduidelijk,<sup>165</sup> aangezien het arrest (nog?) niet bevestigd is. De feiten die aanleiding tot dit arrest hebben gegeven vormen hier een mogelijke verklaring voor. In het onderhavige geval hadden partijen op 23 oktober 1962 een handelshuurovereenkomst gesloten. Doordat de vraag naar de herziening van de huurprijs pas meer dan tien jaar<sup>166</sup> na de totstandkoming van de overeenkomst is gerezen, was het niet meer mogelijk om de nietigheid te vorderen van het beding dat de herziening uitsloot. Vaak biedt de exceptie van nietigheid een uitweg in een dergelijke situatie. Wanneer een verbintenis is aangetast door een nietigheidsgrond maar de termijn om de nietigheid te vorderen reeds is verstreken, kan men die exceptie aanvoeren om eis van de wederpartij tot uitvoering van de verbintenis af te wijzen.<sup>167</sup> Daar dit [2740] een verweermiddel (ten gronde<sup>168</sup>) is, zal ze van weinig nut zijn voor de eiser die – ondanks het contractuele verbod – toch een herziening wenst. Bovendien nemen rechtspraak<sup>169</sup> en rechtsleer<sup>170</sup> aan dat men die nietigheidsexceptie maar succesvol kan aanwenden indien de overeenkomst nog geen enkele uitvoering heeft gekend.<sup>171</sup> Men moet aannemen dat de hier besproken overeenkomst wel degelijk al (lange tijd) is uitgevoerd, waardoor de nietigheidsexceptie evenmin als de vordering tot nietigverklaring soelaas biedt. Wil men partijen de mogelijkheid bieden om elke drie jaar de herziening van de huurprijs te vorderen zonder dat partijen dit op voorhand kunnen uitsluiten, heeft men m.i. geen andere keuze dan te aanvaarden dat de voorziene bescherming geen voorafgaandelijke rechterlijke vernietiging vereist. Om dit arrest bevestigd te zien dienen de feitelijke omstandigheden van de betwisting de volgende (cumulatieve) aspecten te bevatten: (1) de overeenkomst is aangetast door een nietigheidsgrond, (2) de nietigheidsgrond wordt pas na minstens tien jaar aangevoerd en (3) de overeenkomst is gedurende die periode minstens gedeeltelijk uitgevoerd. Doordat dit slechts uitzonderlijk het geval zal zijn, betekent het gebrek aan bevestiging van dit arrest door

<sup>165</sup> Zie uitgebreider over dit arrest: I. CLAEYS, “Ontbinding en nietigheid van overeenkomsten: rechterlijke tussenkomst altijd vereist?” in I. CLAEYS (ed.), *Contractenrecht in beweging*, Mechelen, Kluwer, 2004, (181) 190-195, nrs. 388-397 (hierna: I. CLAEYS, “Rechterlijke tussenkomst?”); S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 52-54, nrs. 42-44; T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 748-749, nr. 64; J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 885-886, nr. 24; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 141-143, nrs. 32-33; P. WÉRY, “Nullité”, *supra* noot 162, 29-32, nrs. 14-15.

<sup>166</sup> Dit moet worden aangenomen op grond van het tijdverloop van de zaak: het aangevochten vonnis dateerde van 2 februari 2001 en is gewezen in hoger beroep. Hoewel de eerste rechterlijke beslissing in deze zaak niet gekend is, moet men redelijkerwijze aannemen dat die beslissing meer dan tien jaar na de totstandkoming van de overeenkomst is uitgesproken.

<sup>167</sup> C. EYBEN, “Prescription 2006”, *supra* noot 168, 197 en 223 e.v.; T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 725, nr. 29 en de verwijzingen daar.

<sup>168</sup> De exceptie van nietigheid is immers geen procesrechtelijke exceptie: C. EYBEN, “La prescription des actions en nullité et l’exception de nullité” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (165) 202-203 (hierna: C. EYBEN, “Prescription 2006”); T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 724, nr. 28.

<sup>169</sup> Voor België zie Rb. Brussel 9 mei 1997, *JLMB* 1997, 1142; Bergen 22 mei 2006, *TBBR* 2007, 135, noot C. EYBEN; voor Frankrijk zie Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.) 1 december 1998, *Bull. civ. I*, nr. 338; Cass. fr. (3<sup>e</sup> civ.) 10 mei 2001, *D.* 2001, 3156, noot P. LEPINSKI; Cass. fr. (3<sup>e</sup> civ.) 30 januari 2002, *D.* 2002, 2837, noot L. AYNÈS; Cass. fr. (3<sup>e</sup> civ.) 23 oktober 2002, nr. 00-20313; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.) 25 maart 2003, *D.* 2003, 1077; Cass. fr. (3<sup>e</sup> civ.) 8 februari 2006, nr. 04-18096; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.) 13 februari 2007, nrs. 05-18.097 en 06-10.880; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.) 17 juni 2010, *Bull. civ. I*, nr. 136, *D.* 2010, 1623; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.) 4 mei 2012, nr. 10-25.558; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.) 24 april 2013, nr. 11-27.082.

<sup>170</sup> Voor België zie: V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Nullités”, *supra* noot 108, 94; H. DE PAGE, II, *supra* noot 123, 756, nr. 784, litt. D; C. EYBEN, “Prescription 2006”, *supra* noot 168, 212 e.v.; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XIX, Brussel, Bruylant, 1876, 63-64, nr. 60; T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 726, nr. 31. Voor Frankrijk zie: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 1003, nr. 867; Y. PICOD, “Nullité” in *Rép. civ. Dalloz* 2013, nr. 76.

<sup>171</sup> Zie voor een overzicht van de mogelijke kritiek op dit vereiste: T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 730-732, nrs. 37-40.

het Hof van Cassatie nog niet dat het afstand heeft gedaan van die rechtspraak. Het is immers mogelijk dat het Hof de afgelopen tien jaar niet over een zaak heeft moeten oordelen waaraan dergelijke specifieke feiten ten grondslag lagen.

**37. Aanvaarding van de absolute nietigheid van rechtswege in het Belgische recht?** Voorstanders van de aanvaarding van de (volledige) nietigheid van rechtswege naar Belgisch recht zouden bovendien een cassa-[2741] tiearrest van 28 september 2012<sup>172</sup> kunnen aanhalen. In het onderhavig geval hadden partijen een overeenkomst gesloten die was aangetast door een absolute nietigheidsgrond. Hoewel geen van de partijen de nietigheid vorderde, sprak het hof van beroep te Gent toch de nietigheid van de overeenkomst uit. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de rechter zich in een dergelijk geval dient te beperken tot de afwijzing van de vordering tot nakoming en vernietigde bijgevolg het bestreden arrest.<sup>173</sup> Deze uitspraak lijkt moeilijk verzoenbaar met het vereiste van een verplichte rechterlijke tussenkomst. Zolang een overeenkomst niet door de rechter is vernietigd, is ze immers (voorlopig) geldig en zou men haar uitvoering kunnen vorderen. In die visie zou een vordering tot nakoming van een (voorlopig) geldige overeenkomst dan ook niet als ongegrond kunnen worden afgewezen, aangezien de overeenkomst wel degelijk geldig is. Doordat het Hof hier wel degelijk de uitvoering afwijst van een overeenkomst die louter door een (absolute) nietigheidsgrond is aangetast, zou men kunnen argumenteren dat het Hof bijgevolg lijkt te stellen dat de nietigheid van rechtswege werkt. Een overeenkomst waarvan de rechtsgevolgen niet in rechte afdwingbaar zijn, kan men immers toch moeilijk als ‘(voorlopig) geldig’ bestempelen?<sup>174</sup> De ‘nietigheid’ [van rechtswege] wordt in het Nederlandse recht overigens gedefinieerd aan de hand van die rechtsgevolgen: een rechtshandeling is immers “[van rechtswege] *nietig voor zover zij [...] haar normaliter intredende rechtsgevolgen ontbeert*”<sup>175</sup>. Of, zoals HARTKAMP en SIEBURGH het verwoorden, “[d]at de wet een overeenkomst nietig verklaart wil immers niet anders zeggen dan dat de wet er de beoogde rechtsgevolgen aan onthoudt”<sup>176</sup>.

Bij nader inzien schijnt het Hof van Cassatie de ‘geldigheid’ van een rechtshandeling niet te identificeren met de daardoor teweeggebrachte rechtsgevolgen. Zo oordeelde het Hof in een arrest van 7 juni [2742] 2012<sup>177,178</sup> dat art. 5 Kansspelenwet<sup>179</sup> “*niet de rechtsgeldigheid van de overeenkomsten [betreft] [...]*,

<sup>172</sup> Cass. 28 september 2012, RW 2012-13, 895, concl. C. VANDEWAL, noot J. VAN DONINCK, *TBBR* 2013, 234, noot T. TANGHE.

<sup>173</sup> De overweging van het Hof luidt als volgt: “Wanneer de partijen het geschil beperken tot de uitvoering van de overeenkomst en de rechter de vordering tot nakoming van de overeenkomst afwijst op grond van de nietigheid ervan wegens de strijdigheid met de openbare orde, dan wijzigt hij niet het voorwerp van de vordering, maar past hij de bepalingen van openbare orde toe die de partijen hebben willen uitsluiten.”

<sup>174</sup> Zie ook de definitie van het *De Valks Juridisch Woordenboek* van de nietigheid: “door de rechter uit te spreken ongeldigheid; afwezigheid van rechtsgevolgen van een rechtshandeling” (eigen onderlijning – FP): E. DIRIX et al. (eds.), *Woordenboek*, supra noot 105, 276.

<sup>175</sup> J. HJMA, *Nietigheid*, supra noot 105, 110. Zie: J. EGGENS, “De vormen der vernietigbaarheid van overeenkomsten bij onbekwaamheid en wilsgebreken (artt. 1482 e. v. B. W.)”, *WPNR* 1939, (441) 441.

<sup>176</sup> A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, supra noot 16, nr. 601.

<sup>177</sup> Cass. 7 juni 2012, C.11.0488.N.

<sup>178</sup> Dit arrest is overigens door dezelfde kamer (de eerste kamer) van het Hof van Cassatie uitgesproken.

<sup>179</sup> Wet 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers, *BS* 30 december 1999, 50040. Die wet is nadien gewijzigd door de wet van 10 januari 2010 tot wijziging van de wetgeving inzake kansspelen, *BS* 1 februari 2010. Die nieuwe wet was echter niet van toepassing op de feiten zoals die aan het Hof waren voorgelegd.



maar wel de rechtsgevolgen ervan [...]”.<sup>180</sup> In zijn andersluidende conclusie bij dit arrest waarschuwde advocaat-generaal met opdracht VAN INGELGEM niet onterecht voor rechtsonzekerheid ten gevolge van de loskoppeling tussen de geldigheid van een overeenkomst en haar rechtsgevolgen.<sup>181</sup> Een dergelijke dissociatie leidt immers tot een fundamentele vraag: wat betekent ‘geldigheid’ nog indien het niet ‘het tot stand brengen van de beoogde rechtsgevolgen’ betekent?<sup>182</sup>

Het onderscheid tussen de geldigheid en de rechtsgevolgen van een rechtshandeling heeft tot gevolg dat het onduidelijk is of men in het vermelde arrest van 28 september 2012 een impliciete aanvaarding van de (absolute) nietigheid van rechtswege kan zien. In de lijn van het arrest van 7 juni 2012 zou men immers kunnen stellen dat de betwiste overeenkomst wel degelijk (voorlopig) geldig is, maar dat zij enkel niet de beoogde rechtsgevolgen heeft teweeggebracht.<sup>183</sup>

Samenvattend kan men m.i. stellen dat er minstens sporen van de figuur van de nietigheid van rechtswege aanwezig zijn in de hedendaagse Belgische rechtspraak. Zelfs als de dissociatie tussen de geldigheid van een overeenkomst en haar rechtsgevolgen een bewuste (maar enigmatische) keuze is van het Hof, kan men niet ontkennen dat de gevolgen van de beschreven rechtspraak sterke gelijkenissen vertonen met de erkenning van een nietigheid van rechtswege. [2743]

**38. Gedeeltelijke (procesrechtelijke) ontwijking van het probleem in verband met absolute nietigheid** – Aangezien de gebruikelijke nietigheidsleer steeds een rechterlijke tussenkomst noodzakelijk acht, kan zij niet tot gevolg hebben dat een eis tot nakoming als ongegrond wordt afgewezen wanneer de vernietiging niet tijdig werd bekomen. Dit betekent echter niet dat een eis tot nakoming van een plicht voortvloeiende uit een absoluut nietige rechtshandeling zal kunnen worden ingewilligd. In een dergelijk geval is de eis immers ontoelaatbaar of onontvankelijk<sup>184</sup> aangezien de eiser niet over een rechtmatig belang beschikt.<sup>185</sup> Een mogelijk ongewenst gevolg van de huidige nietigheidsleer – nl. dat een eis tot

---

<sup>180</sup> Zie ook Cass. 28 februari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 524, *Pas.* 2003, 433, *RW* 2004-05, 1462. In dit arrest ging het Hof niet over tot vernietiging van een arrest van het hof van beroep te Gent. Dit bestreden arrest oordeelde dat een niet-concurrentiebeding, dat geldig tot stand was gekomen onder de oude wet, niet ongeldig werd door een nieuwe wet die strengere geldigheidsvereisten bevatte. Niettegenstaande de geldigheid van het beding besloot het hof toch tot de partiële ‘onwerkzaamheid’ van het beding, nl. in de mate dat de nieuwe wet het ontoelaatbaar achtte. Aldus maakte het hof van beroep een onderscheid tussen de geldigheid van een beding en de rechtsgevolgen die dat beding tot gevolg heeft. Het Hof van Cassatie ging evenwel niet in op deze problematiek, waardoor de positie van het Hof met betrekking tot die problematiek niet op te maken valt uit dit arrest. Zie over dit arrest ook M. EYSKENS, “Handelsagentuurwet in de tijd”, *supra* noot 17, 1441-1452.

<sup>181</sup> Concl. A. VAN INGELGEM bij Cass. 7 juni 2012, C.11.0488.N, nr. 9.

<sup>182</sup> Zie ook kritisch ten aanzien van een dergelijk onderscheid: M. EYSKENS, “Handelsagentuurwet in de tijd”, *supra* noot 17, 1450-1452.

<sup>183</sup> Ook hier kan men de vraag stellen welke inhoud het concept ‘geldigheid’ dan nog heeft.

<sup>184</sup> Zie over de verhouding tussen die termen P. VANLERSBERGHE, “Art. 17 Ger.W.” in *Comm.Ger.* 2002, 6-8, nr. 5.

<sup>185</sup> Cass. 14 december 2012, C.12.0232.N, *Pas.* 2012, 2500; *RABG* 2013, 309; *P&B* 2013, 22: “Uit de artikelen 6, 1131 en 1132 Burgerlijk Wetboek volgt dat een overeenkomst die een ongeoorloofde oorzaak heeft omdat zij door de wet is verboden of strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde, geen gevolg kan hebben. [...] Uit deze bepalingen volgt dat een rechtsovereenkomst die strekt tot de uitvoering van een dergelijke overeenkomst of tot de vergoeding van de schade wegens de beëindiging ervan, niet ontvankelijk is.” Zie ook de volgende rechtsleer over het vereiste van een rechtmatig belang: J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 84-85, nr. 152; P. VANLERSBERGHE, “Art. 18 Ger.W.” in *Comm.Ger.* 2002, 3-12, nrs. 2-12. Kritisch over de onontvankelijkheid van een dergelijke vordering S. BEERNAERT, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof”, *P&B* 2000, (155) 160-161, nrs. 11-13 (hierna: S. BEERNAERT, “Belang als ontvankelijkheidsvereiste”); P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé, Tome préliminaire, Introduction générale, I, Principes généraux de droit judiciaire privé*, Brussel, Bruylant, 1979, 133, nr. 104.

nakoming van een absoluut nietige rechtshandeling niet als ongegrond kan worden afgewezen nadat de vernietigingstermijn is verstreken – wordt aldus opgevangen.<sup>186</sup>

Het is onduidelijk in welke mate dit ook voor de relatief nietige rechtshandeling geldt. In zijn arrest van 14 december 2012 (*supra* noot 185) oordeelt het Hof dat de vordering tot uitvoering van een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak niet ontvankelijk is “*omdat zij door de wet verboden is of strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde*”. Kent men aan die bewoordingen een (zeer) ruime draagwijdte toe, dan kan men dit aanwenden om ook de uitvoering van een relatief nietige rechtshandeling (of nietig beding) als onontvankelijk af te wijzen. Vereist is dan wel dat de wet een bepaalde rechtshandeling (of een bepaald beding<sup>187</sup>) verbiedt en de beschermde partij nog geen geldige afstand<sup>188</sup> heeft gedaan van de geboden bescherming.<sup>189</sup>

**39. Gevolg: de wegen scheiden tussen België-Frankrijk en Nederland** – Blijft men wat het Belgische recht desalniettemin vasthouden aan de ver-[2744] plichte rechterlijke tussenkomst, dan moet men vaststellen dat het Belgische en Franse recht grondig verschillen van het Nederlandse recht. Door die verschillende houding ten opzichte van de nietigheid van rechtswege is de Belgisch-Franse absolute nietigheid amper te vergelijken met haar Nederlandse tegenhanger.<sup>190</sup>

### 3. De absolute en relatieve nietigheid en haar rechtsgevolgen

**40. Traditioneel onderscheid naar Belgisch recht** – Traditioneel leert men dat de absolute en de relatieve nietigheid in essentie een ander doel hebben. De absolute nietigheid beoogt immers het algemeen belang te beschermen, terwijl de relatieve nietigheid tot doel heeft particuliere belangen veilig te stellen.<sup>191</sup> Dit onderscheid heeft tot gevolg dat men traditioneel een viertal verschilpunten tussen deze twee vormen van nietigheid erkent:<sup>192</sup>

- (1) de kring der aanspraakgerechtigden: de absolute nietigheid kan door iedere belanghebbende worden opgeworpen, zelfs door de rechter ambtshalve; de relatieve nietigheid enkel door de persoon of personen wiens belang door de geschonden regel wordt beschermd.
- (2) de mogelijkheid om de nietigheid in elke stand van het geding in te roepen: dit geldt voor de absolute, maar niet voor de relatieve nietigheid. Die laatste moest men immers *in limine litis* opwerpen.

<sup>186</sup> Hiermee zijn echter niet alle problematische gevolgen van de nood aan rechterlijke tussenkomst van de baan: zie hiervoor *infra*, nr. 79.

<sup>187</sup> Men denke bijvoorbeeld aan art. 1762*bis* BW.

<sup>188</sup> Zie voor afstand van de relatieve nietigheid *infra* nr. 71.

<sup>189</sup> Vgl. ook Cass. 25 april 2003, *supra* noot 163: [de verhuurder is niet verplicht eerste de nietigverklaring van bepaalde bedingen te vorderen, aangezien hij] “*de bescherming van artikel 6 [Handelshuurwet] rechtstreeks uit de wet put*”.

<sup>190</sup> Zie ook: J. BAECK, “(Feitelijk?) vooruitlopen”, *supra* noot 153, 333, nr. 15.

<sup>191</sup> M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 57, nr. 16.

<sup>192</sup> Zie: S. STJNS, “Onrechtmatige bedingen?”, *supra* noot 36, 932, nr. 22; S. VERHAEGEN, “De ambtshalve toetsing van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten” in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek handelspraktijken en mededinging 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, (208) 214, nr. 20 (hierna: S. VERHAEGEN, “Ambtshalve toetsing”). Zie ook (met de nodige nuance): J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 862-865, nrs. 11-12; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 94-97, nrs. 4-6.

- (3) de mogelijkheid tot bevestiging:<sup>193</sup> de bevoegdheid om een absolute nietigheid te vorderen kan enkel uitdoven door verjaring en door een overeenkomst tot beëindiging van de vernietigbaarheid; de bevoegdheid om een relatieve nietigheid te vorderen kan daarnaast ook uitdoven door de bevestiging van de rechtshandeling. Hiermee hangt nauw samen dat men ook enkel afstand kan doen van de bescherming die geboden wordt door een relatieve nietigheid.
- (4) (het vertrekpunt van) de verjaring: vroeger doofde de bevoegdheid om een absolute nietigheid te vorderen uit na dertig jaar en om een relatieve nietigheid te vorderen na tien jaar. Dit verschil is [2745] echter in België weggewerkt door de wet van 10 juni 1998.<sup>194</sup> Beide termijnen bedragen nu tien jaar in België.<sup>195</sup> In België geldt echter nog steeds een ander vertrekpunt met betrekking tot de verjaring van een vordering tot absolute dan wel relatieve nietigheid.<sup>196</sup>

Volgens sommige auteurs is er nog een vijfde verschilpunt. Zo meent bepaalde rechtsleer dat de adagia *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* enkel toepassing vinden bij een absolute nietigheid.<sup>197</sup> Rechtsleer die in die zin oordeelt, erkent wel dat de toepassing van deze adagia bij een schending van een regel van dwingend recht betwist is.<sup>198</sup> Een grondige studie van die adagia valt buiten het bestek van deze bijdrage.

**41. Vergelijking met traditioneel onderscheid naar Frans recht** – In Frankrijk stelt men dezelfde doelen aan de absolute en relatieve nietigheid als in België.<sup>199</sup> Dit heeft tot gevolg dat men deels dezelfde rechtsgevolgen aan het onderscheid absolute – relatieve nietigheid hecht. Zo erkent men een gelijkaardig onderscheid inzake (1) de kring der aanspraakgerechtigden en (2) de mogelijkheid tot bevestiging en afstand.<sup>200</sup> Op andere punten maakt het Franse recht echter geen verschil tussen beide nietigheden. Meestal maakt men geen onderscheid tussen ‘sturende’ en ‘beschermende’ openbare orde naargelang de schending van een regel voor [2746] de eerste maal voor het Hof van Cassatie kan worden opgeworpen.<sup>201</sup> Vroeger aanvaardde men dat ‘middelen van openbare orde’ in bepaalde omstandigheden voor de eerste maal voor het Hof van Cassatie konden worden opgeworpen.<sup>202</sup> Doordat deze (oude)<sup>203</sup> Franse benadering

<sup>193</sup> Zie *infra* nrs. 70-72.

<sup>194</sup> Wet 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *BS* 17 juni 1998, 23544.

<sup>195</sup> Art. 2262bis, § 1, lid 1 BW voor de absolute nietigheid; art. 1304 BW voor de relatieve nietigheid. Het Hof van Cassatie meent immers dat art. 1304 BW enkel van toepassing is op relatieve nietigheden: Cass. 31 oktober 2008, *Arr.Cass.* 2008, 2436. Zie ook: T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 713, nr. 10.

<sup>196</sup> I. CLAEYS, “De nieuwe verjaringswet: een inleidende verkenning”, *RW* 1998-99, (377) 389, nr. 31 (hierna: I. CLAEYS, “Verkenning”); de termijn voor het vorderen van een relatieve nietigheid begint te lopen vanaf de kennisname door de benadeelde van de dwaling of van het bedrog of het ophouden van het geweld. Bij een absolute nietigheid (en andere vormen van relatieve nietigheid) begint deze reeds te lopen vanaf de totstandkoming van de overeenkomst. Zie ook: T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 714, nr. 11; P. WÉRY, *Obligations* 2011, *supra* noot 7, 323, nr. 329.

<sup>197</sup> P. WÉRY, *Obligations* 2011, *supra* noot 7, 318, nr. 326. Zie voor meer auteurs *pro* en auteurs *contra* J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 169, nr. 253, vn. 589 (hierna: J. BAECK, *Restitutie*). Het onderscheid op dit vlak wordt bv. niet gemaakt door STIJNS of VERHAEGEN (zie *supra* noot 192 voor hun bijdragen).

<sup>198</sup> In deze zin bv. P. WÉRY, *Obligations* 2011, *supra* noot 7, 324, nr. 330.

<sup>199</sup> M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 597-598, nr. 1018.

<sup>200</sup> S. SANA-CHAILLE DE NERE, “Nullités”, *supra* noot 108, nr. 13; F. TERRE *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 409-429, nrs. 393-417. Ook vandaag de dag houdt men vast aan deze verschilpunten. Zie: Cass.fr. (comm.) 21 februari 2012, nr. 10-27.630.

<sup>201</sup> Geen van de in noot 200 vermelde auteurs haalt dit bv. aan. GHESTIN vermeldt bovendien (oude) rechtspraak die soms wel, maar soms ook niet toelaat dat een regel van ‘beschermende’ openbare orde voor de eerste maal voor het Hof van Cassatie kan worden ingeroepen: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 882, nr. 743 en de verwijzingen daar.

<sup>202</sup> Zie: J. BORE, *La cassation en matière civile*, Parijs, Sirey, 1980, 778-790, nrs. 2618-2661.

de openbare orde in zijn algemeenheid betrof, maakte men geen scherp onderscheid tussen de ‘sturende’ en de ‘beschermende’ openbare orde in dit verband. Hierdoor was er dus wat dit betreft geen (strikt theoretisch) onderscheid tussen die twee kanten van de openbare orde.

Daarnaast is er sinds 2008<sup>204</sup> geen verschil meer tussen de absolute en de relatieve nietigheid met betrekking tot (het vertrekpunt van) de verjaringstermijn. Men heeft ervoor gezorgd dat de termijn voor beide nietigheden vijf jaar bedraagt.<sup>205</sup> In tegenstelling tot het Belgische recht heeft men in het Franse recht bovendien ook het vertrekpunt van de verjaring in principe gelijkgeschakeld.<sup>206</sup>

**42. Vergelijking met onderscheid naar Nederlands recht** – Ook het Nederlandse recht hanteert de aard van het beschermde belang als onderscheidingscriterium.<sup>207</sup> In tegenstelling tot het Belgische en Franse recht erkent het Nederlandse recht wel het ‘automatische’ karakter van de nietigheid.<sup>208</sup> Deze nietigheid ‘van rechtswege’ is dan ook maar deels te vergelijken met de Belgisch-Franse absolute nietigheid. Door haar automatisch karakter kan deze Nederlandse nietigheid *ten eerste* niet het voorwerp uitmaken van een bevrijdende verjaring (en men moet haar dus ook niet vorderen)<sup>209</sup> en kan ze *ten tweede* niet worden bevestigd.<sup>210</sup> Die (van [2747] rechtswege werkende) nietigheid werkt soms ten opzichte van iedereen, maar soms slechts ten opzichte van bepaalde personen. De eerste vorm bestempelt men als een ‘absolute nietigheid’; de tweede vorm noemt men een ‘relatieve nietigheid’.<sup>211</sup> Doordat dit nietigheidsbegrip niet te vergelijken is met de Belgisch-Franse ‘nietigheid’, moet men er dan ook erg voor waken om de begrippen absolute en relatieve nietigheid correct te hanteren.

Naast deze nietigheid van rechtswege kent het Nederlandse recht ook de sanctie van de ‘vernietigbaarheid’.<sup>212</sup> Doordat die niet automatisch intreedt, is die sanctie wel enigszins vergelijkbaar met de Belgisch-Franse nietigheid. Rechtshandelingen die rechtsregels schenden die voornamelijk particuliere belangen beschermen, worden immers in principe met die sanctie bestraft. Hierdoor is die sanctie conceptueel equivalent aan de Belgisch-Franse relatieve nietigheid.<sup>213</sup>

---

<sup>203</sup> Tegenwoordig erkent men dat de theorie van het ‘nieuwe middel’ het ‘middel van openbare orde’ heeft opgeslorpt: zie E. BRUCE, “La Cour de Cassation française et l’application d’office de la Convention Européenne des droits de l’homme”, *RTDH* 2005, (401) 431-432.

<sup>204</sup> Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* 18 juin 2008. Zie ook: C. BIGUENET-MAUREL, *Réforme de la prescription civile – Loi du 17 juin 2008*, Levallois, Lefebvre, 2009, 31-33, nrs. 115-121 (hierna: C. BIGUENET-MAUREL, *Prescription*).

<sup>205</sup> Art. 2224 C.civ.

<sup>206</sup> Ongeacht of het een vordering van een absolute dan wel relatieve nietigheid betreft, begint de termijn pas te lopen op de dag waarop de titularis van dat recht de feiten kende (of behoorde te kennen) die hem in staat stellen de vordering uit te oefenen: art. 2224 C.civ.

<sup>207</sup> Zie *supra*, nr. 24.

<sup>208</sup> Zie ook *supra* nr. 34.

<sup>209</sup> De rechterlijke uitspraak van een nietigheid van rechtswege heeft bijgevolg een declaratoir karakter: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 608.

<sup>210</sup> De nietigheid kan echter wel worden *bekrachtigd*: zie *infra* nr. 73, vn. 450.

<sup>211</sup> A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 612. Het ‘relatieve’ karakter van de nietigheid kan ook betrekking hebben op een nietigheid die beperkt is (1) in de tijd of (2) qua rechtsgevolgen: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 614.

<sup>212</sup> Net als de nietigheid van rechtswege kan de vernietigbaarheid een relatief dan wel absoluut karakter hebben. Dit hangt af van het feit of de nietigheid van de vernietigde rechtshandeling al dan niet een beperkte werking heeft. Deze beperkte – relatieve – nietigheid kan slaan op beperkingen qua rechtsgevolgen, werking in de tijd of personen jegens wie de nietigheid haar uitwerking heeft: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nrs. 612-614.

<sup>213</sup> Art. 3:40 lid 2 NBW.

Qua rechtsgevolgen zijn er zowel gelijkenissen als (sterke) verschillen met voormelde relatieve nietigheid. De gelijkenissen zijn de volgende:

- de kring der aanspraakgerechtigden is deels<sup>214</sup> gelijkaardig.<sup>215</sup>
- net als bij de Belgisch-Franse relatieve nietigheid kan men in principe de Nederlandse vernietigbaarheid bevestigen.<sup>216</sup>

Daarnaast zijn er ook (grote) verschillen: [2748]

- *Ten eerste* hoeft de rechter deze vernietigbaarheid niet per se uit te spreken; ze kan in beginsel<sup>217</sup> ook via een vormloze buitengerechtelijke verklaring geschieden.<sup>218</sup>
- *Ten tweede* kan de vernietigingsbevoegdheid op een bijkomende wijze uitdoven. Deze bevoegdheid kan immers ook in twee gevallen *vervallen*. Ze vervalt *ten eerste* als de wederpartij de beschermde partij<sup>219</sup> een redelijke termijn stelt om te kiezen tussen bevestiging en vernietiging en de beschermde partij die termijn ongebruikt laat verstrijken.<sup>220</sup> *Ten tweede* vervalt de bevoegdheid om op sommige<sup>221</sup> vernietigingsgronden een beroep te doen wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze zou opheffen.<sup>222</sup>
- *Ten derde* verschilt de verjaringstermijn. Net als de rechtsvordering tot vernietiging verjaart de bevoegdheid tot buitengerechtelijke vernietiging reeds na drie jaar.<sup>223</sup> Evenals in Frankrijk<sup>224</sup> zijn feitelijke omstandigheden in Nederland van belang om het vertrekpunt van deze termijn te bepalen.<sup>225</sup>

[2749]

### III. HET ‘KLASSIEKE’ ONDERSCHIED ONDER DRUK

#### A. Inleiding

**43. Druk op zowel het conceptuele onderscheid als het onderscheid in rechtsgevolgen** – Het vorige deel heeft het klassieke onderscheid tussen openbare orde en dwingend recht en de daaraan gekoppelde rechtsgevolgen besproken. In het zonet behandelde onderscheid zijn er op het eerste gezicht sterke

<sup>214</sup> Omdat het Nederlandse recht geen zijdelingse vordering kent, kan een schuldeiser niet via deze weg een rechtshandeling doen vernietigen. Hij beschikt wel over de Pauliana om ‘relatieve nietigheid’ van de rechtshandeling te bekomen: zie *infra* nr. 49, vn. 256

<sup>215</sup> De persoon in wiens belang de grond tot vernietigbaarheid bestaat, is immers titularis van het recht om de vernietiging te vorderen: art. 3:50 lid 1 NBW. Dit kunnen zowel partijen bij de overeenkomst als derden zijn: zie bv. art. 1:89 lid 1 NBW. Zie: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 620. Zie ook *infra* nr. 49.

<sup>216</sup> Art. 3:55 lid 1 NBW.

<sup>217</sup> Zie bv. art. 3:50 lid 2 NBW voor een uitzondering op deze regel.

<sup>218</sup> Art. 3:49 NBW. Zie ook: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nrs. 618-620.

<sup>219</sup> Of diens wettelijke vertegenwoordiger: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 628.

<sup>220</sup> Art. 3:55 lid 2 NBW.

<sup>221</sup> Nl. bij misbruik van omstandigheden (art. 3:54 NBW) en dwaling (art. 6:230 NBW). Zie ook: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nrs. 629-630.

<sup>222</sup> Art. 3:54 lid 1 NBW en art. 6:230 lid 1 NBW.

<sup>223</sup> Art. 3:52 lid 1 NBW.

<sup>224</sup> *Supra*, nr. 41

<sup>225</sup> Art. 3:52 lid 1 NBW. Leden 1 (a)-(c) voorzien in specifieke vertrekpunten; lid 1 (d) voorziet in een algemene maatstaf, nl. drie jaren “nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, *ten dienste is komen te staan*” (eigen cursivering – FP). Zie ook: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 623. Uiteraard zijn uitzonderingen mogelijk: zie bv. art. 6:235 lid 4 NBW dat bepaalt dat deze driejarige termijn pas begint te lopen vanaf de dag nadat de gebruiker een beroep op het betreffende beding doet. Zie ook: M. LOOS, *Algemene voorwaarden: beschouwingen over het huidige recht en mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, 31, nr. 57.

verschillen tussen die categorieën. Die uitgesproken en principieel duidelijke categorisatie is echter op alle vlakken het voorwerp van kritiek (geweest).

## B. Kritiek op het conceptuele onderscheid

**44. Onmogelijk onderscheid tussen algemeen belang en particuliere belangen...** – Zowel het Belgische, Franse als Nederlandse recht gebruiken in de praktijk de *aard van het (voornaamste) beschermde belang* als criterium om uit te maken of een bepaalde regel van openbare orde of van dwingend recht is.<sup>226,227</sup>

Het is dus van cruciaal belang om te weten welke regels het algemeen belang en welke regels particuliere belangen beogen te beschermen. Dit is echter veel minder evident dan op het eerste gezicht lijkt. *Ten eerste* kan men geen strikt onderscheid maken tussen het algemeen belang en particuliere belangen. Particuliere belangen maken immers deel uit van het algemeen belang. Het algemeen belang is het resultaat van de afweging tussen publieke en particuliere belangen, waardoor het algemeen belang en particuliere belangen qua essentie identiek zijn.<sup>228</sup> Elke regel – ook de regel die particuliere belangen betreft – raakt in essentie het **[2750]** algemeen belang.<sup>229</sup> *Ten tweede* is dit onderscheid in verband met de nietigheden om twee redenen niet steeds doeltreffend.<sup>230</sup> *Primo*: zo is het niet zelden zeer moeilijk om uit te maken of regelgeving die de bescherming beoogt van een bepaalde groep in de maatschappij, voornamelijk het algemeen belang dan wel private belangen beschermt.<sup>231</sup> Vaak hebben dergelijke regels immers een dubbele finaliteit.<sup>232</sup> Zo strekken consumentenbeschermende regels niet enkel tot bescherming van de consument; ze beogen ook o.a. de levensstandaard binnen de gehele Gemeenschap te verbeteren.<sup>233,234</sup> Een dergelijke dubbele finaliteit is bv. bij uitstek aanwezig bij regels betreffende het consumentenkrediet.<sup>235</sup> *Secundo*: ongeacht de geschonden regel ligt er altijd een individueel (en dus particulier) belang ten grondslag aan een geschil.<sup>236</sup> Bijgevolg is een strikt onderscheid naargelang de aard van het beschermde belang eerder illusie dan realiteit.<sup>237</sup> **[2751]**

<sup>226</sup> Voor Frankrijk: of een bepaalde regel van *sturende openbare orde* of van *beschermende openbare orde* is; voor Nederland: of de schending van een bepaalde regel met een *nietigheid van rechtswege* dan wel een *vernietigbaarheid* wordt bestraft.

<sup>227</sup> Zie *supra* nrs. 21 en 23-24.

<sup>228</sup> M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 602, nr. 1023. Hij spreekt in deze context van *consubstantiële* begrippen. In dezelfde zin J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 882, nr. 744.

<sup>229</sup> De bescherming van particuliere belangen is immers ingegeven door overwegingen van algemeen belang. Voor België zie: L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 130, nr. 107; J. DABIN, “Lois impératives”, *supra* noot 1, 227-230, nrs. 25-26; A. MEEÛS, “Notion de loi impérative”, *supra* noot 69, 511, nr. 15. Zie ook: J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 865-867, nr. 13 en 887-888, nr. 25; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 97-98, nr. 7. Voor Frankrijk zie M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 602, nr. 1023 en de verwijzingen daar.

<sup>230</sup> M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 602, nr. 1023 en de verwijzingen daar..

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> *Ibid.*, 603, nr. 1025 en de verwijzingen daar. Zie ook: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Strijdigheid met de openbare orde”, *supra* noot 31, 1366, nr. 17

<sup>233</sup> Zie ook HvJ C-168/05, *Mostaza Claro*, *Jur.* 2006, I, 10421, ro. 36-38.

<sup>234</sup> Deze dubbelzinnigheid heeft overigens lange tijd voor controverse gezorgd in verband met de sanctionering van onrechtmatige bedingen. Sommigen meenden dat de nietigheid in kwestie een absolute nietigheid was, anderen meenden daarentegen dat het een relatieve nietigheid betrof. Zie voor een overzicht van de discussie: J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 100-103, nr. 9 (A) en (B).

<sup>235</sup> E. WYMEERSCH, “Intertemporaal recht”, *supra* noot 20, 1011, nr. 22.

<sup>236</sup> M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 602, nr. 1023 en de verwijzingen daar

<sup>237</sup> In deze zin *ibid.*, 602, nr. 1023 en de verwijzingen daar; F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 108-109, nr. 89.

**45. ...dus weg met het onderscheid?** – Volgens sommige rechtsleer betekent de afwezigheid van een sluitend onderscheidingscriterium tussen absolute en relatieve nietigheid dat men het onderscheid zonder meer van tafel moet vegen.<sup>238</sup> Andere rechtsleer meent (terecht) dat het maatschappelijk belang van een voldoende genuanceerde nietigheidssanctie niet toelaat om het onderscheid eenvoudigweg aan de kant te schuiven.<sup>239</sup> Volgens deze visie dient men dan ook een nieuwe methode voor te stellen en de nietigheden te voorzien van de nodige soepelheid.<sup>240</sup>

De enigszins terechte kritiek op het conceptuele onderscheid noopt m.i. niet tot een herijking ervan, omdat eender welk alternatief toch voor dezelfde (soms problematische) vraag komt te staan. Een van de weinige punten in de nietigheidsleer waarover geen discussie heerst, is dat de nietigheid niet verder dient te gaan dan de doelstelling van de gerelateerde norm vereist.<sup>241</sup> De vraag wat dat normdoel precies inhoudt, is niet alleen weinig meer dan een herformulering van het onderscheid tussen particuliere belangen en het algemeen belang, maar ook (en vooral) inherent aan elke discussie over de nietigheid. De onvermijdelijke aard van die vraag zorgt ervoor dat elke herijking wat dit betreft weinig zin heeft. Bijgevolg kan men hier geen argument uit putten voor de stelling dat een ‘andere’ nietigheidsleer moet worden uitgewerkt.

### C. Kritiek op de rechtsgevolgen van het onderscheid

#### 1. Kritiek op het onderscheid qua tijdstip om de nietigheid op te werpen

**46. Is ‘niet inroepen’ gelijk aan ‘afstand’?** – Traditioneel meent rechtsleer dat men de relatieve nietigheid, in tegenstelling tot de absolute nietigheid, *in limine litis* moet opwerpen.<sup>242</sup> Doet men dit niet, dan wordt de beschermde partij geacht afstand te hebben gedaan van de mogelijkheid om deze nietigheid op te werpen *c.q.*<sup>243</sup> te vorderen.

Die visie is (terecht) [2752] bekritiseerd. Tegen die traditionele visie voert men aan dat afstand niet wordt vermoed en dat men afstand enkel kan afleiden uit feiten die voor geen andere verklaring vatbaar zijn.<sup>244</sup> Het feit dat een partij geen beroep doet op een bepaalde bescherming, is mogelijk wel voor een andere verklaring vatbaar. Die partij kan bv. niet op de hoogte zijn van die bescherming.<sup>245</sup>

<sup>238</sup> Zie voor deze rechtsleer de verwijzingen bij MEKKI en TERRÉ *et al.*: M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 605, nr. 1028, vn. 698; F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 108, nr. 89, vn. 4.

<sup>239</sup> In deze zin: M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 605, nr. 1028; F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 108-109, nr. 89.

<sup>240</sup> Of zoals MEKKI het treffend verwoordt: “*On ne peut, sur une question aussi essentielle que les nullités, se contenter de détruire sans reconstruire.*” (M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 605, nr. 1028)

<sup>241</sup> Zie voor rechtsleer in deze zin: *supra* vn. 110.

<sup>242</sup> Zie: E. KRINGS “Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding”, *RW* 1983-84, (337) 360-361, nr. 36 (hierna: E. KRINGS, “Ambt van de rechter”); S. STIJNS, “Nietigheid als sanctie”, *supra* noot 34, 230.

<sup>243</sup> Zie *infra* nr. 57 voor de verhouding ‘opwerpen’-‘vorderen’ van de nietigheid.

<sup>244</sup> Vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie: Cass. 18 april 1968, *Pas.* 1968, I, 981; Cass. 15 februari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 658, *Pas.* 1974, I, 630; Cass. 4 november 1977, *Pas.* 1978, I, 270; Cass. 20 december 1978, *Pas.* 1979, I, 478, Cass. 24 september 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 140, *Pas.* 1982, I, 143; Cass. 28 januari 2008, S.07.0097.N. In deze zin ook: F. DUMON, “Quo vadimus”, *Arr.Cass.* 1980-1981, (3) 62, nr. 26, vn. 101 (hierna: F. DUMON, “Quo vadimus”); P.-A. FORIERS, “L’objet et la cause du contrat” in X. DIEUX, M. FONTAINE, P.-A. FORIERS, F. ’T KINT, C. PARMENTIER en P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. de Jeune Barreau, 1984, (99) 152 (hierna: P.-A. FORIERS, “Objet et cause”); R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 375-377, nrs. 141-142 (hierna: R. KRUTHOF *et al.*, “Overzicht”).

<sup>245</sup> A. MEEÚS, “Notion de loi impérative”, *supra* noot 69, 525 e.v., nr. 28 e.v.; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 11, nr. 13 en de verwijzingen daar; J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 864, nr. 12; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit

De kritiek van die laatste visie is m.i. gegrond. Bijgevolg heeft men m.i. niet de plicht om een relatieve nietigheid *in limine litis* op te werpen en is er dus op dit punt geen verschil met de absolute nietigheid. Uiteraard is het mogelijk dat de beschermde partij afstand heeft gedaan van haar bescherming. Bij het toepassen van de relevante rechtsregels zal de rechter dit dan ook moeten onderzoeken.<sup>246</sup> Het uitwissen van dit punt van onderscheid heeft dus – net als andere factoren – een invloed op de taak van de rechter.<sup>247</sup>

## 2. Kritiek op het onderscheid qua aanspraakgerechtigden

**47. Inleiding** – Het traditionele onderscheid in de kring der aanspraakgerechtigden staat tegenwoordig sterk ter discussie. Rechtsleer aanvaardt vandaag nog wel dat er een verschil bestaat met betrekking tot de bevoegdheid van de wederpartij om de nietigheid te vorderen. De opvatting dat de rechter een andere taak heeft naargelang hij een regel van openbare orde dan wel van dwingend recht moet toepassen, moet tegenwoordig (minstens deels) worden genuanceerd. [2753]

**48. Terminologische verduidelijking** – Zowel partijen als de rechter kunnen een nietigheid op drie manieren aanwenden. Zo rijst bv. soms de vraag in welke mate het *inroepen/opwerpen* van de nietigheid door een partij gelijk te stellen is met het *vorderen* van de nietigheid. Dit is van essentieel belang voor de vraag of de rechter de nietigheid mag *uitspreken/vaststellen*. Bijgevolg is het raadzaam om die handelingen goed van elkaar te onderscheiden. Het volgende deel bespreekt welke partijen de nietigheid (traditioneel) kunnen inroepen. Aangezien de taak van de rechter in dit verband specifieke evoluties heeft ondergaan, wordt dit in een afzonderlijke onderdeel behandeld.

### a. De partijen (excl. de rechter) bevoegd om de nietigheid in te roepen

**49. Relatieve nietigheid: traditioneel enkel de ‘beschermde partij’** – Zowel in België<sup>248</sup> als in Frankrijk<sup>249</sup> aanvaardt men traditioneel dat de relatieve nietigheid in beginsel<sup>250</sup> enkel kan worden ingeroepen door de partij die hierdoor wordt beschermd (of diens wettelijke of gerechtelijke vertegenwoordiger)<sup>251</sup>. Is een partij onbekwaam, het slachtoffer van een wilsgebrek of heeft ze zich zonder oorzaak verbonden, dan kan enkel die partij de nietigheid inroepen.<sup>252</sup> Betreft het een schending van een dwingende rechtsregel, dan kan enkel de partij die specifiek door die regel wordt beschermd, de nietigheid van de rechtshandeling inroepen.<sup>253</sup> In Nederland kan enkel de partij “*in wiens belang de vernietigingsgrond bestaat*”<sup>254</sup> de vernietigbaarheid inroepen c.q. de rechtshandeling buiten-[2754]

---

impératif”, *supra* noot 5, 96-97, nr. 6; P. WÉRY, “Droit impératif”, *supra* noot 34, 131, nr. 18. Zie ook: L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 693, nr. 552.

<sup>246</sup> P. WÉRY, “Droit impératif”, *supra* noot 34, 131, nr. 18.

<sup>247</sup> Zie *infra* nr. 52 e.v.

<sup>248</sup> P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 341, nr. 220; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 318, nr. 327.

<sup>249</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 900, nrs. 753-754; F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 410-411, nr. 395.

<sup>250</sup> Uiteraard kunnen wettelijke bepalingen hiervan afwijken. Art. 224, 1422 en 1599 BW voorzien bv. in een ander regime met betrekking tot personen die gerechtigd zijn om de nietigheid van een bepaalde rechtshandeling in te roepen.

<sup>251</sup> A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 10, nr. 12. *Idem* in Nederland: J. HJMA, *Nietigheid*, *supra* noot 105, 136.

<sup>252</sup> P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 318, nr. 327.

<sup>253</sup> *Ibid.*

<sup>254</sup> Art. 3:50 NBW.



gerechtelijk vernietigen. Rechtsleer erkent bijgevolg dat ook een wettelijke vertegenwoordiger<sup>255</sup> en benadeelde schuldeisers<sup>256</sup> dit kunnen doen.

**50. Absolute nietigheid: traditioneel ook de wederpartij en derden** – Klassiek stelt men hier tegenover dat een absolute nietigheid door een ruimere kring van personen kan worden ingeroepen. Zo kunnen de wederpartij en zelfs derden, zoals het Openbaar Ministerie,<sup>257</sup> dit doen. Op die manier vergroot men de kans dat de rechtshandeling die het algemeen belang schendt, uit het rechtsverkeer verdwijnt.<sup>258</sup> Meestal aanvaardt men dat het adagium *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* niet verhindert dat de wederpartij (of diens rechthebbenden) de vernietiging [2755] vordert.<sup>259</sup> Opdat een derde gerechtigd is om de nietigheid te vorderen, moet die derde wel een belang bij de vernietiging aantonen. Een algemeen belang volstaat niet; in België en Frankrijk is een belang in de zin van art. 17 Ger.W. c.q. art. 31 NCPC vereist.<sup>260</sup> In die landen hebben bijgevolg de schuldeisers van (één van) de partijen en bepaalde andere derden een dergelijk belang.<sup>261</sup>

**51. Nuancering: in essentie enkel verschil voor bevoegdheid wederpartij** – Het voormelde onderscheid in de kring der aanspraakgerechtigden is echter minder groot dan op het eerste gezicht lijkt. Ook anderen dan de beschermde partij kunnen immers de relatieve nietigheid inroepen. *Ten eerste* kunnen de rechtsopvolgers onder algemene titel (zoals erfgenamen) en rechtverkrijgenden onder bijzondere titel van

<sup>255</sup> J. HJMA, *Nietigheid*, *supra* noot 105, 136; J. HJMA, “Art. 3:50 BW” in J. NIEUWENHUIS, C. STOLKER, W. VALK en M. WISSINK (eds.), *Tekst en Commentaar – Vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 66 (hierna: J. HJMA, “Art. 3:50 NBW”).

<sup>256</sup> Schuldeisers kunnen dit overeenkomstig de Pauliana ex art. 3:45 NBW: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 620; J. HJMA, “Art. 3:50 NBW”, *supra* noot 255, 66. Doordat het Nederlandse recht de niet-tegenwerpelijke van de rechtshandeling als een personeel gemoduleerde (‘relatieve’) nietigheid beschouwt, bespreekt men haar bij de nietigheid en vernietigbaarheid, zie: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 598. Buiten de Pauliana om lijkt een schuldeiser niet de mogelijkheid te hebben om een rechtshandeling van zijn schuldenaar te ‘vernietigen’ (naar Belgisch recht: ‘niet-tegenwerpelijke te laten verklaren’). Het Nederlandse recht kent immers geen zijdelingse vordering: J. SMITS, “Inhoud en werking van de overeenkomst in België en Nederland: een overzicht” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (1) 13.

<sup>257</sup> Het kan dit zowel in België, Frankrijk als Nederland. In België treedt het Openbaar Ministerie ambtshalve op telkens als de openbare orde zijn tussenkomst vergt (wat niet bij elke absolute nietigheid het geval is): art. 138bis, §1 Ger.W. In een dergelijk geval kan het Openbaar Ministerie de nietigheid vorderen: A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 10, nr. 12. Zie ook *supra* nrs. 7 en 8 en noot 11. Overeenkomstig art. 423 NCPC heeft het Openbaar Ministerie in Frankrijk een soortgelijke bevoegdheid, zie ook: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 917-919, nrs. 771-772. In Nederland aanvaardt rechtsleer dat het Openbaar Ministerie als hoofdpartij kan optreden waar het openbaar belang dit vereist: H. SNIJDERS, C. KLAASSEN en G. MEIJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2011, 129 (hierna: H. SNIJDERS *et al.*, *Nederlands burgerlijk procesrecht*); A. VAN MIERLO, “Art. 43 Rv.” in A. VAN MIERLO, C. VAN NISSEN en M. POLAK, *Tekst en commentaar – burgerlijke rechtsvordering*, Deventer, Kluwer, 2008, 119-120. Uit art. 42-44 Rv. valt dit echter niet met zo veel woorden af te leiden.

<sup>258</sup> P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 319, nr. 327.

<sup>259</sup> In deze zin: Cass. 19 januari 1953, *Pas.* 1953, I, 356; Cass. 19 mei 1961, *Pas.* 1961, I, 1008. Zie Luik 8 december 1989, *Pas.* 1990, II, 118; Bergen 9 september 1975, *Pas.* 1976, II, 98. Ook in deze zin: M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 60, nr. 21; P. VAN OMMESSLAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 954, nr. 631; voor Frankrijk F. EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, onuitg. doctoraal proefschrift U.Rouen, 1994, 504, nr. 325 (hierna: F. EUDIER, *Ordre public*); J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 912, nr. 767. *Contra* P.-A. FORIERS, “Objet et cause”, *supra* noot 244, 153-156; A. VAN REGENMORTEL, “Enkele bedenkingen”, *supra* noot 35, 17, nr. 11.

<sup>260</sup> M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 60, nr. 20; M. VON KUEGELGEN, “Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités” in P.-A. FORIERS (ed.) *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2000, (569) 591, nr. 21 (hierna: M. VON KUEGELGEN, “Réflexions”); P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 319, nr. 327. Voor Frankrijk J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 913-917, nrs. 768-770.

<sup>261</sup> M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 61-62, nr. 23; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 319, nr. 327. Het zal overigens eerder uitzonderlijk zijn dat een dergelijke derde over een voldoende belang beschikt. Zie de voormelde auteurs voor een voorbeeld. Het Franse recht lijkt iets gemakkelijker te aanvaarden dat een loutere derde over een dergelijk belang beschikt: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 916, nr. 770; P. VAN OMMESSLAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 955, nr. 631, vn. 1146; M. VON KUEGELGEN, “Réflexions”, *supra* noot 260, 591-593, nr. 21.

de beschermde partij dit eveneens doen.<sup>262</sup> *Ten tweede* kunnen de wederpartij en diens rechthebbenden in bepaalde gevallen ook de relatieve nietigheid vorderen. Dit is bv. het geval bij dwingend recht dat beide partijen beoogt te beschermen<sup>263</sup> of bij ontstentenis van het voorwerp van de [2756] verbintenis.<sup>264</sup> *Ten derde* kunnen schuldeisers van de beschermde partij via een zijdelingse vordering (art. 1166 BW) eveneens een dergelijke vordering instellen.<sup>265</sup> Dit heeft tot gevolg dat men naar Belgisch recht het onderscheid in de kring der aanspraakgerechtigden in essentie<sup>266</sup> kan herleiden tot de bevoegdheid van de wederpartij om de nietigheid te vorderen: de wederpartij heeft die bevoegdheid wel bij de absolute, maar niet bij de relatieve nietigheid. Wat schuldeisers van de beschermde partij betreft, is hun vernietigingsbevoegdheid in principe gelijkaardig bij beide nietigheden.

## ***b. De taak van de rechter in verband met rechtsregels en nietigheden***

**52. De taak van de rechter herijkt** – Traditioneel was het onderscheid openbare orde (absolute nietigheid) – dwingend recht (relatieve nietigheid) relevant voor de taak van de rechter. De rechter mocht enkel regels van openbare orde ambtshalve toepassen en bijgevolg ook enkel de absolute nietigheid opwerpen.<sup>267</sup> Zowel interne als Europese factoren hebben dit onderscheid genuanceerd, zeker voor dwingende rechtsregels van Europese oorsprong.

In het (interne) Belgische recht heeft een aantal elementen ervoor gezorgd dat de rechter een actievare, maar niet onbegrensde rol heeft kregen.<sup>268</sup> Die elementen zijn (1) meer aandacht voor zwakkere partijen en (2) tegenstrijdige eisen van het Hof van Cassatie en de dominante oplossing in de rechtsleer. Samen met die interne factoren heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie een grote invloed gehad op de taak van de nationale rechter. [2757]

### ***1. De interne factoren die de taak van de rechter hebben beïnvloed***

**53. Meer aandacht voor zwakkere partijen ...** – Een eerste factor (die overigens sterk verbonden is met de twee volgende) is de toegenomen aandacht voor de (rechts)bescherming van zwakkere partijen in de loop van de 20<sup>ste</sup> eeuw.<sup>269</sup> Wetgeving inzake werknemersbescherming verrichte pionierswerk in dat

---

<sup>262</sup> V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Nullités”, *supra* noot 108, 79-80; M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 64, nr. 27. Voor Frankrijk J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 901, nrs. 755-756.

<sup>263</sup> Zie *supra* nr. 22 en de voorbeelden in noot 81.

<sup>264</sup> M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 57-58, nr. 17. Zie voor meer voorbeelden: P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 319, nr. 327.

<sup>265</sup> V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Nullités”, *supra* noot 108, 79-80; M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 65, nr. 27; M. VON KUEGELGEN, “Réflexions”, *supra* noot 260, 589, nr. 20; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 319, nr. 327, vn. 40. Voor Frankrijk J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 901, nr. 756.

<sup>266</sup> Niettegenstaande enige uitzonderingen, bv. bij extrapatrimoniale aangelegenheden of gevallen waarbij morele overwegingen een rol spelen: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 917, nr. 770. Zoals vermeld kan de wederpartij in bepaalde gevallen eveneens de relatieve nietigheid inroepen: *supra* dit randnummer, tweede nuancering.

<sup>267</sup> Zie *supra* nr. 40.

<sup>268</sup> *Infra* nrs. 55-56. Zie afkeurend over deze evolutie: X. LAGARDE, “Le juge peut relever d’office la méconnaissance des dispositions d’ordre public du Code de la consommation” (noot onder Cass.fr. (1<sup>re</sup> civ.) 22 januari 2009), *JCP G* 2009, II, 10037, nr. 2.

<sup>269</sup> Zie uitgebreider hierover: M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, *supra* noot 3, 54-57, nr. 20; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 28-29, nr. 42 en de verwijzingen daar (hierna: E. SWAENEPOEL, *Contractuele evenwicht*).

verband.<sup>270</sup> Rechtsleer en rechtspraak hebben daartoe rond het midden van de vorige eeuw bijgedragen door een categorie van dwingende rechtsregels te creëren die voornamelijk de bescherming van particuliere belangen tot doel hebben.<sup>271</sup> Vanaf dan nam ook het aantal wetten toe dat andere partijen dan werknemers beoogde te beschermen. Die wetten betroffen (o.a.) pachters<sup>272</sup>, handelshuurders<sup>273</sup> en woninghuurders<sup>274,275</sup>. Vanaf die periode schonk men ook meer aandacht aan de consument.<sup>276</sup>

**54. ...en tegenstrijdige eisen van Cassatie (en de dominante oplossing in de rechtsleer)** – In samenhang met de twee andere elementen is ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de ontvankelijkheid van nieuwe middelen van groot belang geweest. Principieel geldt dat men geen middelen voor de eerste maal voor het Hof van Cassatie kan opwerpen (1) die niet zijn opgeworpen voor de feitenrechter en (2) waarbij deze rechter de [2758] taak niet had om ze ambtshalve op te werpen.<sup>277</sup> Zoals reeds vermeld had de rechter wel een dergelijke taak met betrekking tot regels van openbare orde, maar niet met betrekking tot regels van dwingend recht.<sup>278</sup>

Het Hof aanvaardt sinds 1971 echter dat ook een schending van een regel van louter dwingend recht voor de eerste maal voor het Hof van Cassatie kan worden aangevoerd (indien uiteraard de feiten die daartoe noodzakelijk zijn, aanwezig zijn<sup>279</sup>).<sup>280,281</sup> Hierdoor ontstond een (schijnbare) tegenstrijdigheid: hoewel een rechter niet de mogelijkheid had om een bepaalde regel toe te passen, kon die niet-toepassing van de

<sup>270</sup> Aan het einde van de 19<sup>de</sup> en het begin van de 20<sup>ste</sup> eeuw kwam de eerste wetgeving tot stand. Bij wijze van voorbeeld kan de volgende wetgeving worden vermeld: wet 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, *BS* 14 maart 1900; wet 17 juli 1905 betreffende de zondagsrust in de handels- en nijverheidsondernemingen, *BS* 26 juli 1905. Zie voor meer wetten uit deze periode: J. GILISSEN en M. MAGITS, *Historische inleiding tot het recht. Deel 2. De bronnen van het recht in de Belgische gewesten sedert de dertiende eeuw*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 197-198.

<sup>271</sup> Zie *supra* nr. 21 en de verwijzingen daar.

<sup>272</sup> Zie bv. wet 7 maart 1929 tot herziening van de artikelen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de landpacht, *BS* 20 maart 1929 en wet 7 juli 1951 houdende wijziging van de wetgeving betreffende de landpacht, *BS* 29 juli 1951.

<sup>273</sup> Zie bv. wet 30 april 1951 tot wijziging van het burgerlijk wetboek, betreffende regels betreffende de handelshuur in het bijzonder, *BS* 10 mei 1951.

<sup>274</sup> Zie bv. wet 10 april 1975 betreffende de huurprijzen van woningen, *BS* 16 april 1975.

<sup>275</sup> Het gemene huurrecht is in de periode 1919-1991 door ongeveer 24 wetten gewijzigd: I. DURANT en N. VERHEYDEN-JEANMART, "Bailleurs et locataires en droit belge" in M. FONTAINE en J. GHESTIN (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, (181) 184, nr. 7 en de verwijzingen daar.

<sup>276</sup> Zie voor een historisch overzicht van de opkomst van consumentenbeschermende initiatieven: M. FONTAINE en T. BOURGOIGNIE, "Naissance, Développement et Tendances du Droit Belge de la Consommation" in M. FONTAINE en T. BOURGOIGNIE (eds.), *Le Droit de la Consommation en Belgique et au Luxembourg*, New York, Van Nostrand Reinhold Company, 1981, (3) 3-4.

<sup>277</sup> J. DE CONINCK, "Toetsing aan de openbare orde", *supra* noot 46, 224, nr. 69 en de verwijzingen daar; P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 343, nr. 221.

<sup>278</sup> Zie *supra* nr. 40.

<sup>279</sup> Volgens vaste rechtspraak is het middel onontvankelijk indien uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat voor de feitenrechter enig feit is aangevoerd dat met de als geschonden aangewezen bepaling verband houdt en uit de bestreden beslissing evenmin blijkt dat die beslissing feitelijke gegevens vaststelt die hierop betrekking hebben: Cass. 19 april 1991 *Arr.Cass.* 1990-91, 846; *Pas.* 1991, I, 746; *RW* 1991-92, 294; Cass. 14 juni 1991, *Pas.* 1991, I, 899. Dit geldt onverkort voor het middel dat voor de eerste maal de schending van een regel van openbare orde of van dwingend recht opwerpt: Cass. 8 september 2008, *Pas.* 2008, 1880, *RW* 2010-2011, 702; Cass. 26 november 2010, C.09.0273.N. Zie: A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, "Ambtshalve inroepbaarheid van Europees consumentenrecht, materieelrechtelijk en procesrechtelijk beschouwd" in G. STRAETMANS en M. ROZIE (eds.), *Doorwerking van het Europese recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (95) 122-123, nr. 28 (hierna: A. VAN OEVELEN *et al.*, "Ambtshalve inroepbaarheid").

<sup>280</sup> Cass. 19 maart 1971, *Pas.* 1971, I, 670.

<sup>281</sup> Impliciet besliste het Hof hier al toe in 1946 (Cass. 2 mei 1946, *Pas.* 1946, I, 168, *JT* 1946, 552) en 1953 (Cass. 24 september 1953, *Pas.* 1954, I, 36, concl. MAHAUX). Het onderscheid tussen regels van dwingend recht en regels van openbare orde was toen evenwel nog niet vaststaand. Zie ook: concl. MAHAUX bij Cass. 24 september 1953, *Pas.* 1954, I, (37) 38. Deze rechtspraak is vaststaande rechtspraak geworden: Cass. 13 maart 1975, *Pas.* 1975, I, 710; Cass. 23 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 240; Cass. 17 maart 1986, *Pas.* 1986, I, 895, *Arr.Cass.* 1985-1986, *RCJB* 1988, noot A. MEEÛS; Cass. 22 mei 2000, *Arr.Cass.* 2000, 956. Zie ook: L. DE ZUTTER, "Le juge face aux clauses abusives: à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire", *Ann.Dr.* 2011, (171) 188-189, nr. 19 (hierna: L. DE ZUTTER, "Face aux clauses abusives").

regel in kwestie er wel toe leiden dat het Hof diens beslissing verbrak. In de rechtsleer worden twee oplossingen verdedigd om dit probleem op te lossen.

Volgens een (meerderheids)strekking<sup>282</sup> moet men de rechter minstens toelaten om regels van louter dwingend recht toe te passen. Om een dergelijke regel toe te kunnen passen, is het noodzakelijk dat de beschermde partij nog geen afstand heeft gedaan van de bescherming die door die regel wordt geboden. Bijgevolg moet de rechter nagaan of de beschermde partij al dan niet afstand heeft gedaan van die bescherming. Blijkt dit niet duidelijk uit de conclusies of pleidooien van partijen, dan kan de rechter gebruik maken [2759] van zijn vraagrecht. Eventueel kan hij genoodzaakt zijn om de debatten te heropenen (art. 774 Ger.W.) om zo het recht van verdediging te eerbiedigen. Doet de beschermde partij geen afstand, dan zal de rechter de vordering van de wederpartij moeten afwijzen als ongegrond.<sup>283</sup> Onderzoekt de rechter niet of de beschermde partij afstand heeft gedaan van de geboden bescherming (of aanvaardt hij de afstand onterecht), dan kan zijn beslissing door het Hof van Cassatie worden verbroken.

Volgens een andere (minderheids)strekking<sup>284</sup> dient men de rechter niet toe te laten ook louter dwingend recht ambtshalve toe te passen. Sommigen menen zelfs dat het Hof van Cassatie zijn rechtspraak dient te wijzigen en het middel dat voor de eerste maal de schending van een regel van louter dwingend recht in Cassatie aanvoert, onontvankelijk moet verklaren.<sup>285</sup>

Geen van beide strekkingen heeft het m.i. volledig bij het rechte eind. Zo lijkt de tweede opvatting de rechtspraak van het Hof van Justitie te negeren.<sup>286</sup> Daarnaast stelt de eerste strekking m.i. niet de juiste vraag. Volgens die strekking moet de rechter nagaan of de beschermde persoon al dan niet afstand heeft gedaan van de geboden bescherming. Gaat men echter uit van het principe dat een rechterlijke tussenkomst verplicht is om de nietigheid uitwerking te doen krijgen,<sup>287,288</sup> lijkt de vraag of de beschermde persoon al dan niet een (gegronde) vordering tot vernietiging heeft ingesteld relevanter. Zolang de nietigheid niet door de rechter is uitgesproken, is de rechtshandeling immers (minstens voorlopig) geldig. Een rechter zou dan maar een regel van dwingend recht schenden als hij niet nagaat of (*c.q.* als hij foutief besluit dat) de beschermde partij geen vordering tot vernietiging heeft ingesteld. Dit betekent evenwel niet dat de Belgische rechter geen mogelijkheden heeft om bij te dragen tot de door de wetgever beoogde bescherming. Tenzij men de leer van het impliciete voorwerp aanvaardt, [2760]<sup>289</sup> zal de rechter hiervoor

---

<sup>282</sup> Zie: F. DUMON, “Quo vadimus”, *supra* noot 244, 62-64, nr. 26; P.-A. FORIERS, “Objet et cause”, *supra* noot 244, 152; R. KRUTHOF *et al.*, “Overzicht”, *supra* noot 244, 375-676, nr. 141; A. MEEUS, “Notion de loi impérative”, *supra* noot 69, 498 e.v., nr. 1 e.v. Zie ook: L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 693, nr. 552.

<sup>283</sup> Zie ook: P.-A. FORIERS, “Objet et cause”, *supra* noot 244, 152; A. MEEUS, “Notion de loi impérative”, *supra* noot 69, 522-523, nrs. 26-27; P. WERY, “Droit impératif”, *supra* noot 34, 131-132, nr. 18.

<sup>284</sup> Zie in deze zin: X. DIEUX, “Le contrat”, *supra* noot 67, 271; E. KRINGS, “Ambt van de rechter”, *supra* noot 242, 360-361, nr. 36; P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36.

<sup>285</sup> Zie: P. VAN OMMESELAGHE, *Obligations 2010*, *supra* noot 36, 343, nr. 221. Volgens hem vertoebelt de eerste strekking het traditionele onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid, en dient men de eerste strekking om die reden te verwerven.

<sup>286</sup> Zie *infra*, nr. 59 e.v.

<sup>287</sup> Zie *supra*, nr. 34 e.v.

<sup>288</sup> De redenering van de auteurs van de tweede stroming is daarentegen wel correct indien men uitgaat van een sanctie die van rechtswege werkt en waarvan de beschermde partij afstand zou kunnen doen.

<sup>289</sup> In dat geval zou men in de betwisting door de beschermde partij van de aanspraak van de wederpartij een vordering tot nietigverklaring kunnen zien. Hierdoor zou de rechter het beschikkingsbeginsel niet schenden wanneer hij naar aanleiding van een dergelijke betwisting de nietigheid uitspreekt om de vordering tot uitvoering als ongegrond af te wijzen. In tegenstelling tot wat geldt in Frankrijk, wordt deze leer nagenoeg niet toegepast in België. Zie: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, *supra* noot 13, 265-270, nrs. 153-156; A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 118, nr. 24. Voor Frankrijk zie: S.

gebruik moeten maken van zijn vraagrecht en – indien nodig – de debatten heropenen.<sup>290</sup> Via die weg zou hij de beschermde partij nog de mogelijkheid kunnen bieden om een vordering tot vernietiging in te stellen.<sup>291</sup> Hoe dan ook is bij een verplichte rechterlijke tussenkomst steeds een (minstens impliciete) vordering tot vernietiging van de beschermde partij vereist opdat die van de bescherming zou kunnen genieten.<sup>292</sup>

**55. ...geven de rechter een actieve rol...** – Net zoals de Nederlandse<sup>293</sup> en Franse<sup>294</sup> rechter is de Belgische rechter tegenwoordig een ‘actieve’ rechter.<sup>295</sup> In tegenstelling tot de vroegere, lijdelijke ‘geschilbeslechter’[2761] levert de actieve rechter een bijdrage aan de rechtsbescherming van ‘zwakkere’ partijen. Dit doet hij door ambtshalve de relevante rechtsregels toe te passen.<sup>296,297,298</sup> Concreet doet de rechter dit o.a. door de juridische aard van de feiten en handelingen die partijen aanvoeren, te onderzoeken. Hierbij kan hij de aangevoerde redenen aanvullen, en dit ongeacht de juridische omschrijving die de partijen hieraan hebben gegeven. De aard van de toe te passen rechtsregel is in dit kader van geen belang. Indien dit vereist is door de feiten die partijen specifiek ter ondersteuning van hun beweringen hebben aangevoerd,<sup>299</sup> is de rechter verplicht de relevante regels van openbare orde, dwingend of aanvullend recht toe te passen.<sup>300</sup>

---

GUICHARD, C. CHAINAIS en F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Parijs, Dalloz, 2010, 386, nr. 478.

<sup>290</sup> T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 743, nr. 55; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Chronique de l’office du juge”, *JLMB* 2013, (1307) 1318, nr. 16 en de verwijzingen daar (hierna: J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Chronique”).

<sup>291</sup> Bij de heropening van de debatten lijkt het Hof van Cassatie immers te aanvaarden dat een partij haar vordering wijzigt of uitbreidt en de wijziging of uitbreiding betrekking heeft op het voorwerp van de heropening: Cass. 20 september 2010, *RABG* 2011, 411. Ook een nieuwe vordering lijkt toegelaten: Cass. 8 februari 2010, *Arr.Cass.* 2010, 376; Cass. 13 mei 2013, S.12.0045.N. Zie T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 743, nr. 56 en de verwijzingen daar.

<sup>292</sup> Zie uitgebreider over de taak van de rechter in verband met nietigheden: T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 742-744, nrs. 53-57. Vgl. Cass. 28 september 2012, waar de feitenrechter zich volgens het Hof moest beperken tot het afwijzen van een vordering tot uitvoering van een overeenkomst die aangetast was door een absolute nietigheidsgrond als ongegrond: Cass. 28 september 2012, *RW* 2012-13, 895, concl. C. VANDEWAL, noot J. VAN DONINCK, *TBBR* 2013, 234, noot T. TANGHE. Zie ook *supra*, nr. 36.

<sup>293</sup> SNIJDERS, KLAASSEN en MEIJER noemen de Nederlandse rechter bv. “uiterst bedrijvig”: H. SNIJDERS *et al.*, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, *supra* noot 257, 49, nr. 42. Zie ook: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 22-25, nrs. 43-47 en de verwijzingen daar (hierna: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*).

<sup>294</sup> MEKKI kent de rechter “un rôle actif” toe: M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 610-619, nrs. 1035-1047.

<sup>295</sup> Zie met betrekking tot Nederland en Frankrijk: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 76-77, nrs. 135-136; met betrekking tot België W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel – veertig jaar later: privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 215-237, nrs. 76-83. Zie ook: J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 867-869, nr. 14.

<sup>296</sup> Cass. 14 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 868, *Pas.* 2005, I, 862, *JLMB* 2005, 860, noot G. DE LEVAL, *JT* 2005, 659, noot J. VAN COMPERNOLLE, *RABG* 2005, 1663, noot R. VERBEKE; Cass. 7 december 2006, *Arr.Cass.* 2006, 2564, *Pas.* 2006, 2561; Cass. 6 december 2007, *Arr.Cass.* 2007, 2400, *Pas.* 2007, 2238; Cass. 9 mei 2008, *Arr.Cass.* 2008, 1156, *Pas.* 2008, I, 1137, *RW* 2008-09, 1765, noot S. MOSSELMANS; Cass. 20 april 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1049, concl. R. MORTIER, *Pas.* 2009, 867, *RW* 2009-10, 876, concl. R. MORTIER; Cass. 28 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1465, concl. A. HENKES, *Pas.* 2009, 1342, *JT* 2009, 552, noot J.-F. VANDROOGHENBROECK, *JLMB* 2009, 1656, *Ius & Actores* 2010, 41, noot M. GREGOIRE, *T.Verz.* 2011, 79; Cass. 16 november 2009, *Pas.* 2009, 2660, *JTT* 2010, 57, concl. R. MORTIER, *RABG* 2010, 311, noot M. BAETENS-SPETSCHINSKY; Cass. 2 april 2010, *JLMB* 2010, 1235, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 31 januari 2011, C.10.0123.F; Cass. 29 september 2011, C.10.0349.N; Cass. 28 september 2012, *supra* noot 172; Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N; Cass. 3 mei 2013, C.11.0513.N; Cass. 5 september 2013, C.12.0599.N; Cass. 27 september 2013, C.12.0381.F.

<sup>297</sup> Als een partij een rechtsregel niet inroept, betekent dit immers niet *ipso facto* dat die partij afstand doet van de toepassing van die rechtsregel: zie *supra* nr. 46.

<sup>298</sup> Op deze plicht bestaan uitzonderingen. Zo mag de rechter niet ambtshalve het middel van de verjaring opwerpen: art. 2223 BW. Hetzelfde geldt in Nederland (art. 3:322 NBW) en Frankrijk (art. 2247 C.civ.). Het is nochtans onduidelijk of dit verbod in Frankrijk ook geldt voor consumentenzaken: C. BIGUENET-MAUREL, *Prescription*, *supra* noot 204, 144, nr. 913.

<sup>299</sup> Indien het andere feiten uit het dossier betreft (de zgn. bijkomstige feiten of “faits adventices”) heeft de rechter de mogelijkheid, maar niet de plicht om de rechtsgronden aan te vullen: Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N. Zie ook: B.

**56. ... die nog steeds gebonden is aan de grenzen van het geding en het recht van verdediging** – Bij het uitvoeren van zijn taak is de rechter nog steeds gebonden aan het beschikkingsbeginsel<sup>301</sup> en het recht van verdediging. Cassatierechtspraak vermeldt in dit verband steevast de volgende [2762] voorwaarden.<sup>302</sup> *Ten eerste* mag de rechter geen betwisting opwerpen waarvan de partijen bij conclusie geldig het bestaan hebben uitgesloten.<sup>303</sup> *Ten tweede* mag hij bij het ambtshalve toepassen van rechtsregels het recht van verdediging niet miskennen.<sup>304</sup> *Ten derde* mag hij zich enkel baseren op elementen die regelmatig in het debat zijn gebracht.<sup>305</sup> Door deze ruime omschrijving kan<sup>306</sup> de rechter zich dus ook steunen op de zgn. ‘bijkomstige feiten’.<sup>307</sup> *Ten vierde* mag hij het voorwerp van de vordering niet wijzigen.<sup>308</sup> Bepalen wat het eigenlijke voorwerp van een vordering is, is een heikele kwestie.<sup>309</sup>

**57. De nietigheid en het voorwerp van de vordering** – Aangezien de rechter het voorwerp van de vordering niet mag wijzigen, mag hij geen nietigheid uitspreken die niet gevorderd is, zelfs niet als het een zaak van [2763] openbare orde (en dus een absolute nietigheid) betreft.<sup>310</sup> De vraag wanneer men al dan niet een nietigheid ‘vordert’, is voornamelijk van belang bij de exceptie van nietigheid en de taak van de

---

ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, supra noot 13, 286, nr. 169; G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Brussel, Bruylant, 2009, 314, nr. 437.

<sup>300</sup> B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, supra noot 13, 189, nr. 76. Zie ook: Cass. 28 juni 2013, C.12.0439.N: dit arrest maakt melding van de plicht voor de rechter om “het recht” toe te passen op de in het bijzonder ter ondersteuning van de vordering aangevoerde feiten, zonder hierbij een onderscheid te maken naargelang de aard van de toe te passen rechtsregel.

<sup>301</sup> Ook in Nederland is de rechter gebonden aan de grenzen van de rechtsstrijd: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, supra noot 293, 25-26, nrs. 48-49; P. BAKKER, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*, Deventer, Kluwer, 2012, 121-123 (hierna: P. BAKKER, *Redelijkheid en billijkheid*); H. SNIJDERS et al., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, supra noot 257, 52-60, nrs. 44-49. De rechter kan evenwel buiten de rechtsstrijd treden wanneer de relevante rechtsgrond van openbare orde: *ibid*.

<sup>302</sup> Zie de rechtspraak geciteerd in noot 296. Zie ook: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, supra noot 13, 317-321, nr. 198; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Chronique”, supra noot 290, 1307-1320.

<sup>303</sup> Cass. 2 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1168, concl. A. HENKES, *JT* 2006, 149, *JLMB* 2006, 452, *FJF* 2006, 577. Zie uitgebreider over deze voorwaarde: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, supra noot 13, 295-314, nrs. 176-195. Hetzelfde geldt voor de Nederlandse en Franse rechter: (voor Nederland) H. SNIJDERS et al., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, supra noot 257, 56, nr. 47. Zie ook: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, supra noot 293, 30-31, nr. 54; (voor Frankrijk) art. 12 lid 3 NCPC.

<sup>304</sup> Hetzelfde geldt voor de Nederlandse en Franse rechter: (voor Nederland) H. SNIJDERS et al., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, supra noot 257, 52, nr. 44; zie voor een toepassing bv. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, HD 200.071.971; (voor Frankrijk) art. 16 lid 3 NCPC. Zie uitgebreider over de taak van de rechter en het recht van verdediging: J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Faire l’économie de la contradiction?” (noot onder Cass. 29 september 2011), *RCJB* 2013, 203-248.

<sup>305</sup> B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, supra noot 13, 289, nr. 169. Feiten kunnen zowel door partijen als door een regelmatig en tegensprekelijk uitgevoerde onderzoeksmaatregel in het debat zijn gebracht: *ibid*.

<sup>306</sup> Hij is hier evenwel niet toe verplicht: G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Brussel, Bruylant, 2009, 314, nr. 437. Hetzelfde geldt voor de Franse rechter: art. 8 lid 2 NCPC. Indien echter niet duidelijk blijkt dat de belanghebbende partij haar beweringen op een dergelijk feit wilt steunen, mag de Nederlandse rechter zich hier niet op baseren (tenzij het een rechtsgrond van openbare orde betreft): HR 9 januari 1970, *NJ* 1970, nr. 342; HR 23 mei 1997, *NJ* 1997, nr. 530. Zie ook: H. SNIJDERS et al., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, supra noot 257, 53-56, nr. 45.

<sup>307</sup> Indien hij zijn beslissing baseert op dergelijke feiten, dient hij uiteraard wel het recht van verdediging (en het beginsel van tegenspraak) te respecteren: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, supra noot 13, 283-289, nrs. 163-169.

<sup>308</sup> Hetzelfde geldt voor de Nederlandse en Franse rechter: (voor Nederland) art. 23 en 24 Rv.; (voor Frankrijk) art. 4 NCPC. Zie tevens voor Nederland: H. SNIJDERS et al., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, supra noot 257, 59-60, nr. 48 en voor Frankrijk J. NORMAND en C. BLÉRY, “Principes directeurs du procès – Office du juge – Détermination des éléments de l’instance. Les parties. L’objet du litige – Fasc. 151” in *JCl. Procédure civile* 2010, nr. 26 e.v.

<sup>309</sup> Zie hierover uitgebreider: A. VAN OEVELEN et al., “Ambtshalve inroepbaarheid”, supra noot 279, 117-119, nr. 24.

<sup>310</sup> Cass. 28 september 2012, supra noot 172; Cass. 14 februari 2011, *Inf.RIZIV* 2011, 90, *JTT* 2011, 196, *Pas.* 2011, 507, *RW* 2012-13, 303, *Soc.Kron.* 2012, 494; Cass. 21 juni 2001, *Pas.* 2001, 1209 en *RTDF* 2003, 78; Brussel 10 oktober 2008, *TBH* 2009, 487, noot X. TATON. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, supra noot 13, 233-234, nr. 116 en de verwijzingen daar; T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, supra noot 155, 740-741, nrs. 50-51. *Contra* (maar m.i. onterecht) R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 109, nr. 211; M. DUPONT, “Nullités”, supra noot 7, 62, nr. 24; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, supra noot 5, 111, nr. 13; P. WÉRY, “Droit impératif”, supra noot 34, 131, nr. 18 en de verwijzingen daar. Volgens die auteurs moet de rechter de absolute nietigheid ambtshalve uitspreken, ook al werd ze door geen van de partijen gevorderd.

rechter in verstekzaken<sup>311</sup>. Doordat de bevoegdheid tot het vorderen van de nietigheid reeds is uitgedoofd in de hypothese van de exceptie van nietigheid, kan de rechter de nietigheid niet meer uitspreken.<sup>312</sup> Wanneer een verweerder geconfronteerd wordt met een vordering tot uitvoering, neemt men echter aan dat hij onder bepaalde voorwaarden<sup>313</sup> de nietigheid nog steeds kan ‘opwerpen’ als verweermiddel, waardoor de rechter de vordering tot uitvoering zal afwijzen als ongegrond.<sup>314</sup> Een soortgelijke redenering treft men ook aan bij relatieve nietigheden wanneer de beschermde partij verstek laat gaan. Volgens de dominante, maximalistische<sup>315</sup> strekking in de doc-[2764] trine wordt de verweerder geacht elke vordering te betwisten.<sup>316</sup> Dit zou tot gevolg hebben dat de rechter een vordering tot uitvoering kan afwijzen als ongegrond indien de versteklatende partij de bevoegdheid heeft om de betreffende rechtshandeling te vernietigen, ook al heeft zij die bevoegdheid nog niet uitgeoefend.<sup>317</sup> Aldus maakt men ook hier een (impliciet) onderscheid<sup>318</sup> tussen het ‘opwerpen’ en het ‘vorderen’ van de nietigheid: hoewel de nietigheid niet wordt gevorderd (en dus ook niet kan worden uitgesproken), kan de rechter door de nietigheid ‘op te werpen’ toch de eis tot uitvoering afwijzen.

**58. Een weinig overtuigend onderscheid** – De aard van de nietigheid<sup>319</sup> en de grenzen van het beschikkingsbeginsel zorgen er m.i. voor dat een onderscheid tussen het ‘opwerpen’ en het ‘vorderen’ van de nietigheid [2765] dogmatisch gezien weinig overtuigend is.<sup>320,321</sup> De voorstanders van dit onderscheid

<sup>311</sup> Zie uitgebreider over het verstek: A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 461-649, nrs. 642-823 (hierna: A. SMETS, *Tegenspraak*).

<sup>312</sup> Zie ook: T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 725-726, nrs. 29-30 en de verwijzingen daar.

<sup>313</sup> Zo kan de exceptie van nietigheid enkel worden opgeworpen door de verweerder die tevens titularis is van het recht om de nietigheid te vorderen, mag die titularis nog geen afstand gedaan hebben van het recht om de nietigheid te vorderen en mag de rechtshandeling nog geen enkele uitvoering hebben gekend. Zie hierover uitgebreid: C. EYBEN, “Prescription 2006”, *supra* noot 168, 199-222, nrs. 44-64.

<sup>314</sup> Cf. Cass. 12 februari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 564: “overwegende dat het onderdeel waarbij wordt aangevoerd dat H.D., door de nietigheid van de overeenkomst op te werpen, een tegenvordering heeft ingesteld, naar recht faalt”.

<sup>315</sup> Zie voor een overzicht van de argumenten van de minimalistische strekking: A. SMETS, *Tegenspraak*, *supra* noot 311, 503-512, nrs. 657-664 en de verwijzingen daar.

<sup>316</sup> Brussel 26 maart 1979, *JT* 1980, 225; Luik 24 maart 1983, *JL* 1983, 239, noot G. DE LEVAL; Bergen 16 december 1987, *JLMB* 1988, 321, noot E. CHEVALIER; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1987, 137-138, nr. 155; A. KOHL, “Pouvoirs et devoirs du juge statuant par défaut. Applications des principes au respect des règles de compétence territoriale”, *JT* 1972, 329-332; E. KRINGS, “Artikel 805 Ger.W.” in *Comm.Ger.* 1995, 4, nr. 4; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROES en O. MIGNOLET, “Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé (1991-2001) (suite)”, *RCJB* 2002, (653) 665-666, nr. 570. Zie ook: A. SMETS, *Tegenspraak*, *supra* noot 311, 501-503, nr. 656 en de verwijzingen daar. Volgens bepaalde auteurs kan men uit een arrest van het Hof van Cassatie van 14 november 2006 (*Pas.* 2006, 233) afleiden dat het die maximalistische visie op het verstek is bijgetreden: in deze zin A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 120-121, nr. 25. Het onderscheid tussen de minimalistische en maximalistische opvatting over het verstek is echter een groot deel van zijn relevantie verloren door de huidige invulling van de taak van de rechter door het Hof van Cassatie (zie de rechtspraak in vn. 296). In deze zin ook: S. RUTTEN, “Verstek en verzet in burgerlijke zaken herbekeken” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Verstek en verzet in burgerlijke zaken en strafzaken, nationaal en Europees*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (1) 7, nr. 12.

<sup>317</sup> Zie: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 120-121, nr. 25.

<sup>318</sup> O.a. de volgende auteurs zijn voorstanders van dit onderscheid: F. EUDIER, *Ordre public*, *supra* noot 259, 428-431, nrs. 273-275; M. STORCK, “L’exception de nullité en droit privé”, *D.* 1987, Chron. XIII, (67) 68: “S’il veut se prévaloir du vice de l’acte uniquement par voie d’exception, le défendeur doit veiller, dans ses conclusions, à ne pas émettre de prétention nouvelle: il demande au juge non pas de prononcer la nullité erga omnes de l’acte invoqué par l’adversaire, mais uniquement de rejeter l’action en exécution de l’acte intentée par le demandeur, en raison de l’existence d’un vice dans la formation de l’acte”.

<sup>319</sup> Zij is nl. een bevoegdheid om de vernietiging te vorderen en geen automatisch werkende sanctie.

<sup>320</sup> Zie eveneens kritisch tegenover een dergelijk onderscheid: M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Parijs, Economica, 1986, 150-151, nr. 149 en de verwijzingen daar. Voor oudere rechtsleer was de kunstmatigheid van dit onderscheid een argument tegen de aanvaarding van de exceptie van nietigheid in het positieve recht: G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XIV, *supra* noot 128, 395-396, nr. 2039; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, Parijs, Sirey, 1939, 197-198, nr. 360; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XIX, Brussel, Bruylant, 1876, 57, nr. 57.

aanvaarden immers dat een (louter) opgeworpen nietigheid de ongegrondheid van een vordering van de wederpartij tot nakoming tot gevolg kan hebben. Als men de relatieve nietigheid van de rechtshandeling waarop die vordering berust, niet uitspreekt, lijkt er me echter geen theoretisch solide reden om de vordering tot nakoming af te wijzen. Doordat de bevoegdheid tot vernietiging moet worden uitgeoefend om effect te hebben, is de rechtshandeling die behept is met een relatieve<sup>322</sup> nietigheidsgrond [2766] geldig (en dus uitvoerbaar) zolang die bevoegdheid niet is uitgeoefend.<sup>323</sup> De rechter is bovendien gebonden aan het beschikkingsbeginsel, waardoor hij – m.i. ook in verstekzaken – niet kan overgaan tot de ambtshalve vernietiging van de rechtshandeling waarvan de uitvoering wordt gevorderd.<sup>324,325</sup> Wil men bijgevolg dat een vordering tot uitvoering als ongegrond wordt afgewezen, dan volgt m.i. uit de aard van de nietigheid dat de beschermde partij die bevoegdheid effectief moet hebben uitgeoefend. Volgens mij verzet de aard van de nietigheid zich er dus tegen dat – zelfs in een maximalistische visie op het verstek – de rechter in verstekzaken bv. de relatieve nietigheid ambtshalve kan opwerpen om de vordering tot uitvoering af te wijzen.<sup>326,327</sup> Per slot van rekening lijkt het onderscheid tussen het ‘opwerpen’ en het ‘vorderen’ van de nietigheid me een niet erg geslaagde poging om de nietigheidsexceptie en bepaalde verregaande bevoegdheden van de rechter in verstekzaken theoretisch te onderbouwen. [2767] Het gebrek

<sup>321</sup> Billijkheidsoverwegingen hebben er echter voor gezorgd dat de nietigheidsexceptie toch ingang heeft gevonden in het Belgische positieve recht: H. DE PAGE, II, *supra* noot 123, 755, nr. 784, litt. C; C. EYBEN, “Prescription 2006”, *supra* noot 168, 193-195, nr. 37; T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 727, nr. 33; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 16, nr. 18; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 324, nr. 329, litt. b.

<sup>322</sup> Anders is het met de absolute nietigheid: daar heeft het Hof van Cassatie erkend dat de rechter de vordering tot nakoming dient af te wijzen wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden, zelfs als de partijen de nietigheid niet vorderen: Cass. 28 september 2012, *supra* noot 172. Dit is terecht: hier anders over oordelen zou betekenen dat partijen de uitvoering van verbintenissen kunnen eisen ook als dit afbreuk zou doen aan de openbare orde of de goede zeden, iets wat art. 6 BW net lijkt te verbieden. Zie ook: J. BAECK, *Restitutie*, *supra* noot 197, 175, nr. 261; T. TANGHE, “De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen” (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, 236-240 (hierna: T. TANGHE, “Niet ambtshalve vernietigen”). Naar mijn mening zou men hieruit een argument kunnen putten voor de stelling dat de (absolute) nietigheid niet steeds gevorderd moet worden, maar soms ook van rechtswege werkt: zie *supra* nr. 36.

<sup>323</sup> Voorstanders van het onderscheid tussen het ‘opwerpen’ en het ‘vorderen’ van de nietigheid zien om die reden dan ook de nietigheid niet louter als een aanvechttingsrecht, maar ook als de bevoegdheid om – na het verstrijken van de termijn om de rechtshandeling aan te vechten – zich tegen de uitvoering van de rechtshandeling te verzetten. Die ‘verjaring’ treft immers enkel de rechtsvordering (‘aanspraak’) en niet het subjectieve recht: zie M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Parijs, Economica, 1986, 165, nr. 163; C. EYBEN, “Prescription 2006”, *supra* noot 168, 196-197, nr. 40; H. ROLAND en L. BOYER, *Adages du droit français*, II, Lyon, Hermès, 1986, 806; D. VICH-Y-LLADO, “L’exception de nullité”, *Défrenois* 2000, (1265) na voetnoot 7. Een dergelijke analyse lijkt me echter moeilijk te verenigen met het bestaan van een uitdovingstermijn waarbinnen de bevoegdheid tot vernietiging moet worden uitgeoefend. Bovendien gaat die analyse m.i. voorbij aan het feit dat de bevoegdheid tot vernietiging een wilsrecht (*Gestaltungs(klage)recht*) is en geen persoonlijk recht, waardoor er ook geen ‘aanspraak’ is die zou kunnen verjaren. Zie in deze zin voor het Duitse recht, waar de termijn om een rechtshandeling te vernietigen wordt beschouwd als een ‘Ausschlussfrist’ of ‘Einwendung’ en niet als een ‘Verjährungsfrist’: M. AHRENS, “§121 Anfechtungsfrist” in H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, (112) nr. 6; C. ARMBRÜSTER, “BGB § 121 Anfechtungsfrist” in *Münchener Kommentar zum BGB* 2012, nr. 17; R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 126, nr. 311; H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, 163, nr. 382; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, München, Beck, 2004, 270-271, nr. 76; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 2002, 47, nr. 100.

<sup>324</sup> Zie de verwijzingen *supra* in vn. 310. Zie ook: A. SMETS, *Tegenspraak*, *supra* noot 311, 507-508, nr. 660.

<sup>325</sup> Indien men de leer van het impliciete voorwerp aanvaardt, kan men stellen dat bij verstekzaken wel degelijk een vernietiging wordt gevorderd (in de maximalistische visie op verstek). Aldus zou de ‘betwisting’ door de versteklatende partij ook een eis tot vernietiging inhouden, aangezien een vernietiging noodzakelijk is/kan zijn om de eis tot nakoming af te wijzen als ongegrond. Die leer wordt echter nagenoeg niet toegepast in België: zie *supra* vn. 289. M.i. is het bovendien ongeloofwaardig om aan te nemen dat een versteklatende partij een vordering tot vernietiging instelt en verdient die leer in deze situatie geen navolging.

<sup>326</sup> Zie ook *supra* nr. 54 *in fine*.

<sup>327</sup> Zijn echter de tegenovergestelde mening toegedaan: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 120-121, nr. 25. Dit kan echter maar worden bijgetreden wanneer de nietigheid van rechtswege werkt en men dus geen rechterlijke tussenkomst vereist.



aan een systematische grondslag kan verklaren waarom men genoodzaakt is om een toevlucht te nemen tot billijkheidsoverwegingen om o.a. de exceptie van nietigheid te verantwoorden.<sup>328</sup>

## 2. De plicht om het Europese recht ambtshalve toe te passen

### i) Inleiding

**59. Inleiding** – De gewijzigde (en actievere) taak van de rechter is niet enkel het gevolg van louter interne factoren. Parallel met die factoren heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ‘HvJ’ of ‘het Hof’) nationale rechters verplicht om ambtshalve bepaalde Europese regels toe te passen.<sup>329</sup>

**60. Rechtspraak van het HvJ in het kader van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid?** – Nationale rechters hebben de afgelopen dertien jaar meermaals van de mogelijkheid<sup>330</sup> gebruik gemaakt om aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen te stellen met betrekking tot de geldigheid of uitlegging van bepaalde consumentenbeschermende richtlijn-[2768] nen<sup>331 332,333</sup>. Met het oog op een effectieve consumentenbescherming heeft het Hof met zijn antwoorden op dergelijke vragen stelselmatig een actievere rol opgelegd aan nationale rechters.

<sup>328</sup> Zie voor de billijkheid als grondslag voor de exceptie van nietigheid de auteurs *supra* vermeld in vn. 321.

<sup>329</sup> De rechtspraak in verband met het ambtshalve toepassen van Unierecht heeft ook betrekking op andere domeinen dan het consumentenrecht. Zo hadden de arresten *Van der Weerd* (HvJ 7 juni 2007, C-222/05 - C-225/05) en *Heemskerk en Schaap* (HvJ 25 november 2008, C-455/06) bv. betrekking op het bestuursrecht en de bijbehorende plichten voor de bestuursrechter. Zie ook andere belanghebbende arresten in deze context, zoals *Peterbroeck* (HvJ 14 december 1995, C-312/93) en *Van Schijndel en Van Veen* (HvJ 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93). De rechtspraak wordt in het kader van deze bijdrage niet verder besproken.

<sup>330</sup> Soms hebben zij een plicht om dergelijke vragen te stellen. Zie: K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 644-646, nrs. 837-841 (hierna: K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*)

<sup>331</sup> Zie o.a. de volgende consumentenbeschermende richtlijnen: Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *Pb.L.* 372, 31 december 1985, 31; Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet, *Pb.L.* 142, 12 februari 1987, 48 (gewijzigd bij Richtlijn 98/7/EG, *Pb.L.* 101 van 1 april 1998, 17); Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.L.* 95, 21 april 1993, 29; Richtlijn 99/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en garanties voor consumptiegoederen, *Pb.L.* 171, 7 juli 1999, 12.

<sup>332</sup> Zie art. 267 VWEU.

<sup>333</sup> O.a. de volgende arresten van het Hof van Justitie zijn antwoorden op dergelijke prejudiciële vragen naar aanleiding van consumentenbeschermende richtlijnen: HvJ 27 juni 2000, *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, C-240/98 en C-244/98, *Jur.* 2000, I-4941, ro. 26 (hierna: *Océano Grupo*); HvJ 21 november 2002, *Cofidis*, C-473/00, *Jur.* 2002, I-10875, ro. 33 (hierna: *Cofidis*); HvJ 1 april 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237-02, *Jur.* 2004, I-3403 (hierna: *Freiburger Kommunalbauten*); HvJ 26 oktober 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, *Jur.* 2006, I-10421, ro. 28 (hierna: *Mostaza Claro*); HvJ 4 oktober 2007, *Rampion en Godard*, C-429/05, *Jur.* 2007, I-8017, ro. 62 (hierna: *Rampion*); HvJ 4 juni 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, *Jur.* 2009, I-4713, ro. 22-23 (hierna: *Pannon*); HvJ 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, *Jur.* 2009, I-9579, ro. 38 en de verwijzingen daar naar eerdere rechtspraak (hierna: *Asturcom*); HvJ 17 december 2009, *Eva Martín Martín t. EDP Editores SL*, C-227/08, *Jur.* 2009, I-11939 (hierna: *Martín Martín*); HvJ 9 november 2010, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. t. Ferenc Schneider*, C-137/08, n.n.g. (hierna: *Pénzügyi*); HvJ 15 maart 2012, *Jana Pereničová en Vladislav Perenič t. SOS financ spol. s r.o.*, C-453/10, n.n.g. (hierna: *Pereničová en Perenič*); HvJ 26 april 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság t. Invitel Távközlési Zrt.*, C-472/10, n.n.g. (hierna: *Invitel*); HvJ 14 juni 2012, *Banco Español de Crédito t. Joaquín Calderón Camino*, C-618/10, n.n.g. (hierna: *Banco Español*); HvJ 21 februari 2013, *Banif Plus Bank Zrt t. Csaba Csapai en Viktória Csapai*, C-472/11, n.n.g. (hierna: *Banif Plus Banka*); HvJ 30 mei 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse en Katarina de Man Garabito t. Jahani BV*, C-488/11, n.n.g. (hierna: *Asbeek Brusse*); HvJ 30 mei 2013, *Erika Jörös t. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, C-397/11, n.n.g. (hierna: *Erika Jörös*). Naast die arresten heeft het Hof van Justitie ook andere arresten met betrekking tot consumentenbeschermende richtlijnen uitgesproken die minder relevant zijn voor het hier behandelde thema. De volgende arresten worden dan ook niet besproken hier: HvJ 16 november 2010, *Pohotovost' s.r.o. t. Iveta Korčakovská*, C-76/10, *Jur.* 2010, I-11557; HvJ 14 maart 2013, *Mohamed Aziz t. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, C-415/11, n.g.g.

De reden hiervoor kan in verband worden gebracht met de grenzen aan het zgn. beginsel van nationale procedurele autonomie. Volgens dat beginsel bepaalt de nationale rechtsorde in principe vrij de bevoegdheids- en procedureregels die van toepassing zijn op aangelegenheden die het Unierecht betreffen. Die autonomie is echter op twee wijzen begrensd: *ten eerste* mogen die regels niet ongunstiger zijn dan de regels die gelden voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en *ten tweede* mogen die regels geen vereisten of termijnen bevatten die het praktisch gezien onmogelijk zouden maken om die rechten uit te oefenen (effectiviteits- of doeltreffend-[2769]heidsbeginsel).<sup>334</sup> De vraag rijst of men de vereisten die het Hof oplegt inzake consumentenbescherming kan beschouwen als kaderend binnen het effectiviteitsbeginsel.<sup>335</sup> Volgens sommige auteurs is dit inderdaad het geval;<sup>336</sup> volgens anderen kan men deze rechtspraak niet strikt kaderen binnen dit beginsel<sup>337</sup> en volgens nog een derde stroming zou de rechtspraak van het Hof een leerstuk zijn dat op zichzelf staat<sup>338</sup>. Het Hof heeft deze discussie er niet op vergemakkelijkt door in *Asturcom* de vereisten inzake consumentenbescherming onder het gelijkwaardigheids- [2770] beginsel te plaatsen.<sup>339</sup> Recent heeft het Hof in *Asbeek Brusse*<sup>340</sup> en *Erika Jörös*<sup>341</sup> die vereisten expliciet getoetst aan beide beginselen, wat erop lijkt te wijzen dat het kader van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid eveneens voor consumentenbeschermende regelgeving geldt. [2771]

## ii) De eisen van het Hof van Justitie

**61. De omvang van de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing** – Hoewel de uitspraak van het Hof in de zaak *Océano Grupo*<sup>342</sup> enkele belangrijke vragen onbeantwoord liet, vloeide uit dat arrest minstens de mogelijkheid voor nationale rechters voort om ambtshalve de geldigheid van forumbedingen te toetsen aan de Richtlijn Onrechtmatige Bedingen<sup>343</sup>. Latere arresten hebben het toepassingsgebied van die bevoegdheid voor de nationale rechter verder uitgebreid: zo geldt die bevoegdheid evenzeer (1) [2772]

<sup>334</sup> K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, supra noot 330, 639, nr. 831. Zie: E. TICHADOU, “Le rôle du juge dans le droit dérivé européen des contrats” in P. JUNG (ed.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint - Richterliche Eingriffe in den Vertrag – Droit privé européen: l’unité dans la diversité - L’intervention du juge*, München, sellier, 2013, (43) 57 (hierna: E. TICHADOU, “Le rôle du juge”). Sinds *Rewe* en *Comet* is dit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie: HvJ 16 december 1976, *Rewe*, C-33/76, Jur. 1976, 1989, ro. 5 en HvJ 16 december 1976, *Comet*, C-45/76, Jur. 1976, 2043, ro.13-16. Zie voor een overzicht van bevestigende rechtspraak: T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, OUP, 2003, 279-280, vn. 19. Zie ook: *Asturcom*, supra noot 333, ro. 38 en de verwijzingen daar naar eerdere rechtspraak.

<sup>335</sup> H. SCHEBESTA wijst in dit verband op de niet geheel heldere houding van het Hof van Justitie: H. SCHEBESTA, “Does the National Court Know European Law? A Note on *Ex Officio* Application after *Asturcom*”, *ERPL* 2010, (847) 860 (hierna: H. SCHEBESTA, “*Ex Officio* Application”). Zie hierover uitgebreid: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, supra noot 293, 103-125, nrs.168-202. Volgens hem moeten de vereisten die het Hof aan de nationale rechter oplegt worden verklaard vanuit het beginsel van effectieve rechtsbescherming van de consument: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, supra noot 293, 114-124, nrs. 185-198.

<sup>336</sup> Zie: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, supra noot 279, 110-111, nr. 16.

<sup>337</sup> Zie: T. CORTHAUT, *EU Ordre public*, supra noot 9, 198, nr. II-168. Volgens hem speelt hier de afwezigheid van harmonisatie een sterke rol. Zie hierover uitgebreider: *ibid.*, 198-251, nrs. II-168 – II-235. Eveneens in deze zin: H. SCHEBESTA, “*Ex Officio* Application”, supra noot 335, 860.

<sup>338</sup> Zie: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, supra noot 293, 110, nr. 179 en de verwijzingen daar; E. TICHADOU, “Le rôle du juge”, supra noot 334, 57.

<sup>339</sup> *Asturcom*, supra noot 334, ro. 49-59. Zie ook: H. SCHEBESTA, “*Ex Officio* Application”, supra noot 335, 847-880.

<sup>340</sup> *Supra*, noot 333.

<sup>341</sup> *Supra*, noot 333.

<sup>342</sup> *Supra*, noot 333.

<sup>343</sup> *Supra*, noot 331.

met betrekking tot andere bedingen dan forumbedingen,<sup>344</sup> (2) andere consumentenbeschermende richtlijnen (zoals de Richtlijn Consumentenkrediet<sup>345,346</sup> en de Colportagerichtlijn<sup>347,348</sup>) en (3) wanneer er al een arbitraal vonnis is uitgesproken en een partij aan de rechter de vernietiging van dat vonnis vraagt.<sup>349</sup> Bovendien is het irrelevant voor die rechterlijke bevoegdheid of de consument al dan niet vertegenwoordigd is door een advocaat.<sup>350</sup> [2773]

**62. De plicht tot ambtshalve toetsing** – Vervolgens heeft het Hof in *Pannon*<sup>351</sup> gepreciseerd dat nationale rechters met betrekking tot de Richtlijn Onrechtmatige Bedingen<sup>352</sup> niet louter over een discretionaire bevoegdheid beschikken, maar wel degelijk verplicht zijn om tot een ambtshalve toetsing over te gaan zodra de nationale rechter “over de daartoe noodzakelijke gegevens, zowel in feite als in rechte beschikt”<sup>353</sup>. Het arrest *Pén-[2774] zügyi*<sup>354</sup> voegde daaraan toe dat de rechter verplicht is om ambtshalve onderzoeksmaatregelen te nemen om na te gaan of een exclusief territoriaal forumkeuzebeding binnen de werkingssfeer van de richtlijn<sup>355</sup> valt, en zo ja, ambtshalve te toetsen of een dergelijk beding eventueel oneerlijk is.<sup>356</sup> Latere rechtspraak van het Hof heeft dat onderscheid bevestigd:<sup>357</sup> de nationale rechter is enkel verplicht om ambtshalve onderzoeksmaatregelen te nemen om na te gaan of de Richtlijn Onrechtmatige Bedingen<sup>358</sup> van toepassing is.<sup>359</sup> Eenmaal uitgemaakt is dat de Richtlijn van toepassing is,

<sup>344</sup> Volgens sommige rechtsleer heeft het Hof dit reeds in de zaak *Cofidis* (*supra*, noot 333) beslist: C. DELFORGE, “Clauses abusives, office du juge et renonciation” (noot onder Luik 6 februari 2006), *JLMB* 2008, (93) 96, nr. 5 (hierna: C. DELFORGE, “Clauses abusives”); R. JONGENEEL, “Het Pénzügyi-arrest: een beperkte onderzoekspllicht in het kader van de ambtshalve toetsing”, *NTER* 2011, (33) 34 (hierna: R. JONGENEEL, “Pénzügyi”); LOVCK-Werkgroep Ambtshalve Toetsing, *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht*, s.l., februari 2010, geraadpleegd via [http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing\\_17210.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing_17210.pdf), 4 (hierna: LOVCK, *Ambtshalve toepassing*); E. TICHADOU, “Le rôle du juge”, *supra* noot 334, 57 en de verwijzingen in vn. 38; A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 99-100, nr. 7.

<sup>345</sup> Richtlijn 87/102/EEG, *supra* noot 331.

<sup>346</sup> *Rampion*, *supra* noot 333, ro. 69. Zie ook over dit arrest: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 85, nr. 147.

<sup>347</sup> Richtlijn 85/577/EG, *supra* noot 331.

<sup>348</sup> *Martín Martín*, *supra* noot 333, ro. 29.

<sup>349</sup> *Mostaza Claro*, *supra* noot 333, ro. 30-39.

<sup>350</sup> *Rampion*, *supra* noot 333, ro. 65.

<sup>351</sup> *Supra*, noot 333.

<sup>352</sup> Wegens de gelijkaardige beschermingsgedachte meent de meerderheid in de rechtsleer dat eenzelfde plicht eveneens voor andere consumentenbeschermende richtlijnen zou kunnen gelden. Zie: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 121, nr. 194; LOVCK, *Ambtshalve toetsing*, *supra* noot 344, 5; A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 100-101, nr. 9 en p. 103-104, nr. 11; A. ANCERY en H. KRANS, “Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht”, *RMTh*. 2009, (191) 195-197, nrs. 4-5 (hierna: A. ANCERY en H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”). Vgl. het arrest *Martín Martín*, *supra* noot 333, ro. 29, waar het Hof enkel spreekt van een mogelijkheid: “In deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat de nationale rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt, ambtshalve de schending van artikel 4 van de richtlijn kan vaststellen indien de consument niet naar behoren over zijn opzeggingsrecht is voorgelicht” (eigen cursivering – FP). Zie ook: J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 118, nr. 15.

<sup>353</sup> *Pannon*, *supra* noot 333, ro. 32. Op basis van dit arrest was het echter niet duidelijk of de rechter ambtshalve enige actie diende te ondernemen om die gegevens te verzamelen. Zie: M. EBERS, “From *Océano* to *Asturcom*: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata”, *ERPL* 2010, (823) 841.

<sup>354</sup> *Supra*, noot 333.

<sup>355</sup> *In casu* de Richtlijn Onrechtmatige Bedingen: *supra* noot 331.

<sup>356</sup> *Pénzügyi*, *supra* noot 333, ro. 56.

<sup>357</sup> *Banco Español*, *supra* noot 333, ro. 42-43. Zie: *Banif Plus Banka*, *supra* noot 333, ro. 22-23; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 40-41. Zie ook: V. TRSTENJAK, “Procedural Aspects of European Consumer Protection Law and the Case Law of the CJEU”, *ERPL* 2013, (451) 471-472.

<sup>358</sup> Met betrekking tot andere consumentenbeschermende richtlijnen heeft het Hof zich nog niet expliciet uitgesproken, al zijn er m.i. geen redenen om daar principieel een ander standpunt in te nemen.

<sup>359</sup> Aangezien de onderneming die zich op een dergelijk beding beroept, ook meestal de tekst van dat beding zal aanbrengen, is die onderzoekspllicht eerder beperkt: R. JONGENEEL, “Pénzügyi”, *supra* noot 344, 36; A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve

moet de nationale rechter maar overgaan tot ambtshalve toetsing als hij over alle gegevens beschikt die daarvoor noodzakelijk zijn. Zijn die gege-[2775]vens aanwezig en komt de nationale rechter tot de vaststelling<sup>360</sup> dat het beding onrechtmatig is, dan moet hij “*alle consequenties [...] trekken die volgens het nationale recht voortvloeien uit de vaststelling van het oneerlijke karakter van het betrokken beding, teneinde zich ervan te vergewissen dat de consument niet gebonden is*”<sup>361</sup>, waarbij hij – ook in hoger beroep – “*de nationale regels van procesrecht zo veel mogelijk aldus moet toepassen dat het doel van artikel 6, lid 1, van deze richtlijn wordt bereikt*”<sup>362</sup>. Recent heeft het Hof uitdrukkelijk geoordeeld dat de nationale rechter bij die taak het recht van verdediging moet eerbiedigen<sup>363</sup>, maar niet moet wachten op een vordering tot vernietiging van het onrechtmatige beding van de consument om uit de vaststelling van het onrechtmatige karakter van het beding alle noodzakelijke gevolgen te kunnen trekken.<sup>364</sup>

**63. De aard van de sanctie** – De nationale sanctie waarmee een onrechtmatig beding wordt bestraft, kan er niet toe leiden dat het beding wordt gereduceerd tot het maximaal toelaatbare niveau.<sup>365</sup> Volgens het Hof vereist de afschrikkende werking van de Richtlijn Onrechtmatige Bedingen dat de overeenkomst – indien zij zonder het beding kan voortbestaan – “*zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen*”<sup>366</sup> blijft voortbestaan. Bij de beoordeling of die overeenkomst zonder het beding kan voortbestaan, mag de nationale rechter volgens het Hof zich niet uitsluitend baseren op de eventueel gunstige gevolgen van de nietigverklaring van de overeenkomst in haar geheel voor de consument.<sup>367,368</sup> Dit [2776] neemt niet weg dat de vaststelling dat een beding onrechtmatig is, ook gunstige gevolgen kan hebben voor andere consumenten die een overeenkomst hebben met dezelfde professionele wederpartij. Zo heeft het Hof geoordeeld dat een dergelijke vaststelling *erga omnes* uitwerking kan krijgen en dus eveneens kan gelden ten voordele van andere consumenten die met diezelfde professionele wederpartij een overeenkomst hebben gesloten waarin hetzelfde onrechtmatige beding voorkomt.<sup>369</sup>

**64. De rol van de consument** – Hoewel de passieve houding van de consument één van de redenen is om een actieve rol aan nationale rechters op te leggen,<sup>370</sup> vereist het doeltreffendheidsbeginsel niet dat de rechter de totale passiviteit van de consument verhelpt.<sup>371</sup> De draagwijdte van die overweging is tot op

---

inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 98-99, nr. 6. Zie ook: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 188-191, nrs. 303-308.

<sup>360</sup> Om tot die vaststelling te kunnen komen moet de rechter rekening houden met alle relevante omstandigheden: zie *Freiburger Kommunalbauten*, *supra* noot 333, ro. 22; *Pannon*, *supra* noot 333, ro. 42.

<sup>361</sup> *Banco Español*, *supra* noot 333, ro. 63; *Banif Plus Banka*, *supra* noot 333, ro. 27; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 49; *Erika Jörös*, *supra* noot 333, ro. 48 en 53.

<sup>362</sup> *Erika Jörös*, *supra* noot 333, ro. 53.

<sup>363</sup> *Banif Plus Banka*, *supra* noot 333, ro. 29-36; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 50 en 52.

<sup>364</sup> *Banif Plus Banka*, *supra* noot 333, ro. 28; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 50; *Erika Jörös*, *supra* noot 333, ro. 42.

<sup>365</sup> *Banco Español*, *supra* noot 333, ro. 65-71; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 54-59.

<sup>366</sup> Ro. 65.

<sup>367</sup> *Pereničová en Perenič*, *supra* noot 333, ro. 29-33; *Erika Jörös*, *supra* noot 333, ro. 47.

<sup>368</sup> De Richtlijn Onrechtmatige Bedingen belet echter niet dat een nationale regeling wel in een dergelijke, voor de consument gunstigere regeling kan voorzien: *Pereničová en Perenič*, *supra* noot 333, ro. 34-35; *Erika Jörös*, *supra* noot 333, ro. 47.

<sup>369</sup> *Invitel*, *supra* noot 333, ro. 34-43. Zie over dit arrest ook M. BOTTINO, “Arrêt *Invitel*: l’effet *ultra partes* des clauses déclarées abusives” (noot onder HvJ 26 april 2012), *REDC* 2012, 587-594; J. SPANJAARD, noot onder HvJ 26 april 2012, *TvC* 2012, 283-285.

<sup>370</sup> Zie: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 111-114, nrs. 180-184.

<sup>371</sup> *Asturcom*, *supra* noot 333, ro. 47.

heden onduidelijk, maar die onduidelijkheid wordt voor een groot deel opgevangen door de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel. De nationale rechter kan immers eveneens verplicht zijn om een actievere houding aan te nemen doordat hij volgens het nationale recht een dergelijke bevoegdheid heeft voor vergelijkbare internrechtelijke rechtsregels.<sup>372</sup> De mogelijk problematische zoektocht om op het nationale niveau een ‘vergelijkbare’ rechtsregel te vinden kan een mogelijke verklaring zijn voor de (bevestigde) rechtspraak van het Hof dat art. 6 Richtlijn Onrechtmatige Bedingen moet worden beschouwd als “*een norm die gelijkwaardig is aan nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden*”<sup>373</sup>.

Op zich beschouwd zou een dergelijke kwalificatie grote (en ongewenste) gevolgen kunnen hebben voor de positie van de consument. Dat het vermelde [2777] artikel equivalent is aan nationale regels van openbare orde zou logischerwijs o.a. tot gevolg hebben dat de professionele wederpartij – zelfs tegen de wil van de consument in – zich zou kunnen beroepen op de onrechtmatigheid van het beding.<sup>374</sup> Het doeltreffendheidsbeginsel stelt m.i. paal en perk aan dergelijke gevolgen. Zo kan men volgens mij argumenteren dat de doelstelling van de Richtlijn Onrechtmatige Bedingen, nl. de doeltreffende bescherming van de consument,<sup>375</sup> niet zal kunnen worden bereikt indien de professionele wederpartij zich tegen de wil van de consument in kan beroepen op de vermelde kwalificatie van art. 6 Richtlijn Onrechtmatige Bedingen. Het Hof heeft overigens tot twee maal toe expliciet geoordeeld dat de nationale rechter een onrechtmatig beding buiten toepassing moet laten, tenzij de consument zich hiertegen verzet.<sup>376</sup> Impliciet zou men hieruit kunnen afleiden dat een eventueel verzet van de professioneel geen invloed mag hebben op het al dan niet buiten toepassing laten van het bediscussieerde beding.

**65. Samenvattend** – Uit bovenvermelde rechtspraak kan men afleiden dat het Hof de volgende eisen oplegt aan de nationale rechter: (1) de nationale rechter is verplicht om (2) alle bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten ambtshalve te toetsen aan de richtlijn die voor die bedingen relevant is. Die plicht is echter op drie manieren begrensd. *Ten eerste* moet de nationale rechter, eventueel door middel van een ambtshalve ingestelde onderzoeksmaatregel, over de nodige gegevens in feite en in rechte beschikken. Aldus moet de rechter (naar Belgisch recht) binnen de grenzen van de vordering blijven, maar hoeft hij zich niet te beperken tot de feiten die partijen specifiek ter ondersteuning

<sup>372</sup> Het is vaste rechtspraak van het Hof dat de nationale rechter verplicht is om het al dan niet rechtmatig karakter van het beding te controleren indien hij op grond van internrechtelijke regels louter over die mogelijkheid zou beschikken: HvJ 14 december 1995, *Van Schijndel en Van Veen*, C-430/93 en C-431/93, *Jur.* 1995, I-4705, ro. 13-14 en 22; HvJ 12 februari 2008, *Kempter*, C-2/06, *Jur.* 2008, I-411, ro. 45; *Asturcom*, *supra* noot 333, ro. 54; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 46. Zie ook: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 80, nr. 141.

<sup>373</sup> *Asturcom*, *supra* noot 334, ro. 52; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 44. Nederlandse rechtsleer grijpt de uitspraak in *Asturcom* aan om de rechter via art. 3:40 NBW toe te staan ambtshalve consumentenbeschermende wetgeving toe te passen: zie *infra*, nr. 68. Zie over de betekenis van de ‘openbare orde’ in dit arrest: J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 99-100, nr. 8 en de verwijzingen daar.

<sup>374</sup> Dit gevolg geldt zowel voor België, Nederland als Frankrijk. Zie voor België en Frankrijk: *supra* nr. 50; voor Nederland: A. HARTKAMP, “Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden”, *WPNR* 2009, (773) 774, nr. 4 (hierna: A. HARTKAMP, “Ambtshalve aanvulling”).

<sup>375</sup> *Océano Grupo*, *supra* noot 333, ro. 26; *Cofidis*, *supra* noot 333, ro. 33; *Mostaza Claro*, *supra* noot 333, ro. 28; *Rampion*, *supra* noot 333, ro. 62; *Pannon*, *supra* noot 333, ro. 22-23.

<sup>376</sup> *Pannon*, *supra* noot 333, ro. 35; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 49. Zie ook: *Martín Martín*, *supra* noot 333, 35. Zie met betrekking tot het arrest *Pannon*: A. HARTKAMP, “Ambtshalve aanvulling”, *supra* noot 374, 774, nr. 4; S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 51, nr. 41; A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 105-106, nr. 14.

van hun beweringen hebben [2778] aangevoerd.<sup>377</sup> *Ten tweede* dient hij overeenkomstig *Banif Plus Bank* het recht van verdediging te eerbiedigen. Dat belet hem niet alle gevolgen te kunnen trekken uit het onrechtmatig karakter van een beding, ook wanneer de consument geen vordering tot vernietiging zou hebben ingesteld. *Ten derde* kan men uit *Pannon* en *Asbeek Brusse* afleiden dat de consument over de mogelijkheid moet beschikken om het niet-bindend karakter van dat beding niet in te roepen.

iii) *Voldoet het nationale recht aan die*<sup>378</sup> *vereisten?*

**66. Belgisch recht** – In het Belgische recht heeft de nationale rechter tegenwoordig de taak om de rechtsregels die voor het geschil relevant zijn, toe te passen.<sup>379</sup> Volgens (bevestigde) rechtspraak heeft de rechter immers de plicht om ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die partijen in het bijzonder hebben aangevoerd ter staving van hun beweringen.<sup>380,381</sup> Aldus moet de rechter ook [2779] de schending van regels van louter dwingend recht<sup>382</sup> ambtshalve opwerpen.<sup>383</sup> Daardoor moet de rechter ambtshalve de (relatieve) nietigheid – waarmee de ‘onverbindendheid’ is omgezet in België<sup>384</sup> – opwerpen en nagaan of de consument al dan niet een vordering tot vernietiging wenst in te stellen.<sup>385</sup> Bijgevolg hoefde de Belgische praktijk in dit verband geen gedaanteverandering te ondergaan om aan dit vereiste van het Hof te voldoen.

<sup>377</sup> A. ANCERY en H. KRANS, “Ambtshalve toepassing”, *supra* noot 352, 199, nr. 8; LOVCK, *Ambtshalve toetsing*, *supra* noot 344, 9, nr. 4; G. POISSONNIER, “La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur” (noot onder HvJ 4 juni 2009, C-243/08, *Pannon*), *D* 2009, (2312) 2314; A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 104-105, nr. 13. In verband met *Asbeek Brusse* (*supra* noot 333) kan men zich de vraag stellen of de rechter steeds binnen de grenzen van de vordering moet blijven. Dit arrest bepaalt immers dat de rechter desnoods ambtshalve kan overgaan tot een vernietiging van het onrechtmatige beding, indien de rechter die bevoegdheid heeft overeenkomstig het nationale recht. Dit is het geval in het Nederlandse recht (zie *infra*, nr. 68), maar niet in het Belgische recht (zie *supra*, nr. 57).

<sup>378</sup> In wat volgt beperk ik me tot de conformiteit van het nationale recht aan de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Richtlijn Onrechtmatige Bedingen; zie voor de (non)conformiteit van het Belgische recht aan de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de Colportagerichtlijn: J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 130-131, nr. 24.

<sup>379</sup> Zie *supra* nrs. 55-56 voor het specifieke kader waarin deze taak zich bevindt.

<sup>380</sup> Zie de rechtspraak vermeld in noot 296.

<sup>381</sup> Er is echter ook rechtspraak van het Hof van Cassatie die stelt dat de rechter de motieven “kan” aanvullen: Cass. 20 april 2009, *supra* noot 296. Daarnaast is er ook rechtspraak die in het algemeen stelt dat de rechter een dergelijke plicht heeft, zonder m.a.w. een dergelijke plicht te beperken tot de ‘feiten die partijen in het bijzonder hebben aangevoerd’: Cass. 16 maart 2006, *Arr. Cass.* 2006, 630; Cass. 6 december 2007, *supra* noot 296. Zie ook over deze twee elementen: L. SIMONT en P.-A. FORIERS, “Office du juge et moyen nouveau dans la jurisprudence récente” in *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, (411) 412-417, nrs. 3-7. Recent lijkt het Hof evenwel duidelijk te hebben gesteld dat een dergelijke plicht enkel aanwezig is bij feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen; bij overige feiten zou het gaan om een loutere mogelijkheid: Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N.

<sup>382</sup> Het Hof van Cassatie heeft dit uitdrukkelijk erkend voor onrechtmatige bedingen: Cass. 26 mei 2005, *JT* 2005, 679. Zie ook: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 108, nr. 15 en de verwijzingen in vn. 68. Er lijken me geen redenen om in het algemeen in andere zin te besluiten m.b.t. andere consumentenbeschermende omzettingsregels. Dat de doelstelling van de WMPC vooral de bescherming van consumenten nastreeft, belet echter niet dat sommige bepalingen van de WMPC van openbare orde kunnen zijn. Zie ook: J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 104, nr. 9 (C) en de verwijzingen daar.

<sup>383</sup> Hoe dan ook heeft de wetgever in parlementaire voorbereidingsstukken van bepaalde omzettingswetgeving uitdrukkelijk gesteld dat de nationale rechter een dergelijke plicht heeft: zie m.b.t. art. 1649octies BW de memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende aanvulling van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake verkoop teneinde de consumenten te beschermen, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 982/1, 22-23.

<sup>384</sup> Zie bv. art. 75 WMPC en art. 1649octies BW. De Commissie Onrechtmatige Bedingen had nochtans voorgesteld om de sanctie van de Richtlijn over te nemen (‘binden de consument niet’): COB 25 van 19 november 2008, “Advies inzake de regeling van onrechtmatige bedingen in het voorontwerp van wet betreffende bepaalde marktpraktijken”, 20-21, geraadpleegd via [http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB25\\_tcm325-74403.pdf](http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB25_tcm325-74403.pdf).

<sup>385</sup> Rechtspraak past een dergelijke plicht doorgaans ook toe: Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 92, noot C. DELFORGE; Rb. Antwerpen 26 oktober 2007, *RW* 2009-10, 1529. *Contra* echter Gent 3 maart 2004, *DCCR* 2005, 66, noot E. SWAENEPOEL.

Wat betreft de mogelijkheid tot verstek lijkt het Belgische recht daarentegen minder verenigbaar met de rechtspraak van het Hof. Zeker na drie recente arresten<sup>386</sup> kan er m.i. niet meer aan worden getwijfeld dat ook een versteklatende consument niet gebonden is aan een onrechtmatig beding.<sup>387</sup> De mening van bepaalde auteurs dat de traditionele relatieve nietigheid in een maximalistische visie op het verstek een versteklatende consument de vereiste bescherming biedt,<sup>388</sup> berust volgens mij op een [2780] foute analyse van de aard van de relatieve nietigheid.<sup>389</sup> De traditionele relatieve nietigheid schiet hier dus tekort.<sup>390</sup> Naast die plicht om ambtshalve rechtsregels toe te passen vereist het Hof ook dat de rechter ambtshalve bepaalde onderzoeksdaten kan stellen. Doordat art. 871 en 877 Ger.W. hierin voorzien, voldoet het Belgische recht mogelijk aan die eis van het *Pénzügyi*-arrest. In combinatie met de voorgaande elementen zorgen het vraagrecht<sup>391</sup> van de rechter en diens leiding van het geding ervoor dat diens taak op dit punt wel in overeenstemming is met de eisen die het Hof stelt.<sup>392</sup>

**67. Frans recht** – Ook in Frankrijk heeft de rechter de plicht om ambtshalve rechtsregels toe te passen.<sup>393</sup> In tegenstelling tot het Belgische recht heeft het Franse recht er voor gekozen om de schendingen van dwingende consumentenbeschermende regels ‘voor niet geschreven’ te houden.<sup>394</sup> Theoretisch gezien zorgt dit ervoor dat de rechter ambtshalve het ‘voor niet geschreven gehouden’ karakter van dergelijke bepalingen moet kunnen opwerpen (mits hij het voorwerp van het geding niet wijzigt,<sup>395</sup> de rechten van verdediging eerbiedigt<sup>396</sup> en zich enkel steunt op feiten die regelmatig in het debat zijn gebracht<sup>397</sup>).<sup>398</sup> De rechtspraak van de Franse *Cour de cassation* ging echter lange tijd niet in die redenering mee, wat erop kan wijzen dat dit Hof toen geen onderscheid maakte tussen ‘nietig’ en ‘voor niet geschreven gehouden’. In 1985 aanvaardde de Franse [2781] *Cour de cassation* (tot twee maal toe) een dergelijke plicht,<sup>399</sup> maar in 1995<sup>400</sup> en 2000<sup>401</sup> week het Hof van die rechtspraak af en ontzegde het de rechter zelfs de mogelijkheid om een relatieve nietigheid ambtshalve op te werpen. Men moet die arresten echter met de nodige

<sup>386</sup> *Banif Plus Banka*, *supra* noot 333, ro. 28; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 50; *Erika Jörös*, *supra* noot 333, ro. 42.

<sup>387</sup> Zie de gehanteerde bewoordingen die deze drie arresten hanteren: “Uit deze rechtspraak vloeit voort dat de door de richtlijn bepaalde bescherming slechts volledig doeltreffend is indien de nationale rechter die ambtshalve heeft vastgesteld dat een beding oneerlijk is, hieruit alle consequenties kan trekken zonder te wachten tot de consument die van zijn rechten in kennis is gesteld, verklaart dat hij vernietiging vordert van dit beding”: zie vorige voetnoot.

<sup>388</sup> Zie: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 120-121.

<sup>389</sup> Zie *supra*, nr. 58: elke nietigheid moet traditioneel worden uitgesproken. Zolang dit niet gebeurt, is de rechtshandeling die behept is met een nietigheidsgrond geldig en kan ze ook worden uitgevoerd.

<sup>390</sup> Dit neemt niet weg dat er uitzonderingen bestaan. Zo volstaat de maximalistische visie wel voor bevoegdheidsbetwistingen, aangezien er geen nietigheid wordt uitgesproken die niet wordt gevorderd: zie art. 630 lid 2 Ger.W. Zie voor een toepassing: Arrondrb. Luik 28 juni 2012, *Ius & Actores* 2013, 47.

<sup>391</sup> Dit vraagrecht is immers noodzakelijk om na te gaan of de consument al dan niet een vordering tot vernietiging wenst in te stellen. Op die manier voldoet het Belgische recht ook aan de hogervermelde eis van het arrest *Pannon*.

<sup>392</sup> Menen dat het Belgische recht aan de (toenmalige) eisen voldoet: A. VAN OEVELEN *et al.*, “Ambtshalve inroepbaarheid”, *supra* noot 279, 116, nr. 21.

<sup>393</sup> Art. 12 NCPC.

<sup>394</sup> Zie bv. voor onrechtmatige bedingen art. L132-1, lid 6 C.cons.; voor conformiteit bij koop art. L211-17 C.cons. Tegenwoordig lijkt men in Frankrijk de nietigheid te onderscheiden van de sanctie waarbij bedingen ‘voor niet geschreven’ worden gehouden: zie *infra*, noot 406.

<sup>395</sup> Art. 4-5 NCPC.

<sup>396</sup> Art. 16 lid 2 NCPC.

<sup>397</sup> Art. 7 lid 1 NCPC.

<sup>398</sup> F. TERRE *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 407-408, nr. 391.

<sup>399</sup> Cass.fr. (1<sup>re</sup> civ.) 22 mei 1985, *Bull.civ.* 1985, I, nr. 159, *RTDCiv.* 1986, 149, obs. P. REMY; Cass.fr. (3<sup>e</sup> civ.) 20 november 1985, *Bull.civ.* 1985, III, nr. 153. Zie uitgebreid over die arresten: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 895-896, nr. 150-3.

<sup>400</sup> Cass.fr. (comm.) 3 mei 1995, *Bull.civ.* 1995, IV, nr. 128, *D.* 1997, 124, noot F. EUDIER.

<sup>401</sup> Cass.fr. (1<sup>re</sup> civ.) 15 februari 2000, *JCP G* 2001, II, 10477, noot O. GOUT, *CCC* 2000, nr. 116, noot G. RAYMOND.

voorzichtigheid benaderen. In beide gevallen liet de beschermde partij (verweerder) immers verstek gaan. Het is zeer goed mogelijk dat dit de beslissing van het Hof heeft beïnvloed.<sup>402</sup> Naar mijn mening zijn die arresten te verklaren vanuit de aard van de relatieve nietigheid: zolang die nietigheid niet is geëffectueerd, is de rechtshandeling (of een bepaald beding ervan) geldig en afdwingbaar.

Wat er ook van die rechtspraak<sup>403</sup> zij, de wetgever heeft duidelijkheid gebracht door in 2008 uitdrukkelijk te stellen dat de rechter ambtshalve alle bepalingen van de *Code de la Consommation* kan opwerpen.<sup>404</sup> De rechtspraak van de Franse *Cour de cassation* heeft zich – minstens voor hetgeen geregeld wordt door dit wetboek – daaraan geconformeerd.<sup>405</sup> Door die wetgeving en rechtspraak beantwoordt het Franse recht aan de Europese eis dat een nationale rechter ambtshalve de geldigheid van potentieel onrechtmatige bedingen dient te toetsen. Het antwoord op de vraag of dit ook het geval is in verstekzaken, is afhankelijk van de aard van de sanctie waarbij een beding ‘voor niet geschreven’ wordt gehouden. Aanvaardt men een *ipso iure* werkende sanctie,<sup>406</sup> dan lijkt het Franse recht aan dit vereiste te kunnen voldoen.<sup>407</sup>

Doordat de Franse rechter een aantal onderzoeks- [2782] daden kan stellen,<sup>408</sup> een vraagrecht heeft<sup>409</sup> en “actief neutraal”<sup>410</sup> dient te zijn, lijkt het Franse recht ook wat dit betreft in overeenstemming te zijn met de eisen van het Hof van Justitie.

**68. Nederlands recht** – Ook in Nederland is de rechter verplicht de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen, zij het dat deze plicht in beginsel slechts geldt binnen de rechtsstrijd<sup>411</sup> van partijen.<sup>412</sup> Die plicht geldt ongeacht de vraag of de toe te passen regels van dwingend of aanvullend recht zijn.<sup>413</sup> Overeenkomstig het Nederlandse procesrecht heeft de rechter bijgevolg de taak om die omzettingwetgeving in twee gevallen op te werpen, nl. (1) indien dit binnen de rechtsstrijd van partijen valt en (2) zelfs buiten de grenzen van de rechtsstrijd<sup>414</sup> wanneer er een uitzondering geldt.<sup>415</sup>

<sup>402</sup> M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 616, nr. 1044. Het is overigens niet geheel duidelijk welke visie men in Frankrijk heeft op het verstek: *ibid.*, 615-616, nr. 1044.

<sup>403</sup> Vgl. ook Cass.fr. (1<sup>e</sup> civ.) 23 november 2004, *Bull.civ.* 2004, II, nr. 287. Ook dit arrest is zeker niet eenvoudig te interpreteren.

<sup>404</sup> Loi 3 janvier 2008, nr. 2008-3, *JO* 4 janvier 2008. Deze laste in de C.cons. art. L141-4 in dat een dergelijke bepaling bevatte.

<sup>405</sup> Cass.fr. (1<sup>re</sup> civ.) 22 januari 2009, *JCP G* 2009, II, 10037, noot X. LAGARDE, *D.* 2009, 365, obs. V. AVENA-ROBARDET, *D.* 2009, 908, noot S. PIEDELIEVRE, *Procédures* 2009, comm. 84, noot L. RASCHEL.

<sup>406</sup> Bepaalde rechtspraak van de *Cour de Cassation* gaat in deze zin en onderscheidt uitdrukkelijk de relatieve nietigheid van deze automatisch werkende sanctie: zie bv. Cass.fr. (soc.) 8 april 2010, *D.* 2010, 1085, obs. L. PERRIN. In de rechtsleer zijn reeds geruime tijd pleidooien te vinden voor een dergelijke automatische sanctie of beschouwt men haar zelfs onomwonden als geldend recht: zie *infra*, noot 501 voor die auteurs.

<sup>407</sup> De vraag rijst echter of de consument afstand kan doen van het ‘voor niet geschreven gehouden’ karakter van het strijdige beding, iets wat het HvJ in *Pannon* en *Asbeek Brusse* eist: zie *supra* nr. 64, vn. 376.

<sup>408</sup> Zie art. 10 en 143 NCPC.

<sup>409</sup> Art. 8, 13 en 16 lid 3 NCPC.

<sup>410</sup> MEKKI citeert hierbij NORMAND: M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 613, nr. 1039, vn. 740.

<sup>411</sup> Zie over dit begrip (en zijn omvang): A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 11-40, nrs. 22-75. Zie uitgebreid over het ambtshalve toepassen van rechtsregels: P. BAKKER, *Redelijkheid en billijkheid*, *supra* noot 301, 119-123; G. LEWIN, “Ambtshalve toepassen van rechtsregels”, *TCR* 2011, 12-19.

<sup>412</sup> Art. 25 Rv. Zie ook: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 29-30, nr. 53; M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, *supra* noot 3, 49-51, nr. 19A; H. SNIJDERS, “Ambtshalve aanvulling”, *supra* noot 99, (541) 544-545.

<sup>413</sup> H. SNIJDERS *et al.*, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, *supra* noot 257, 49, nr. 42.

<sup>414</sup> Deze rechtsstrijd wordt (in eerste aanleg) bepaald door de vorderingen van de eisende partij en het (eventuele) verweer van de verwerende partij: H. SNIJDERS, “Ambtshalve aanvulling”, *supra* noot 99, 545 en de verwijzingen daar.

<sup>415</sup> Een dergelijke uitzondering geldt bv. voor bepalingen van openbare orde: HR 16 januari 2009, LJN BG3582; HR 28 januari 2011, LJN BO7122. Zie ook: concl. M. WISSINK bij HR 27 januari 2012, LJN BU6504; P. BAKKER, *Redelijkheid en billijkheid*, *supra* noot 301, 119 en 122-123. Of een dergelijke uitzondering eveneens geldt voor dwingend recht dat niet van openbare orde is, is voorlopig nog onduidelijk: zie M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, *supra* noot 3, 53, nr. 19C. Zie ook *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333.



Het HvJ vereist echter dat de rechter zo nodig ook buiten de rechtsstrijd ambtshalve rechtsgronden kan aanvullen<sup>416</sup> en aldus de ‘vernietigbaarheid’ ambtshalve kan opwerpen of zelfs toepassen.<sup>417</sup> Volgens sommigen biedt het Nederlandse recht echter niet de mogelijkheid om een bepaling die voorziet in de vernietigbaarheid, ambtshalve toe te [2783] passen.<sup>418</sup> Volgens anderen is dit daarentegen wel mogelijk, zij het via de weg van art. 3:40 lid 2 NBW.<sup>419,420</sup> Bepaalde rechtsleer meent dat men (eveneens) via de toetsing aan art. 6:248 lid 2 NBW op een correcte wijze aan de Europese vereisten kan voldoen.<sup>421</sup> Via die weg bereikt men immers eveneens het beoogde resultaat, nl. dat het beding in kwestie geen effect heeft. Er zijn in het Nederlandse recht bijgevolg technieken aanwezig waardoor men kan voldoen aan de eerste eis van het HvJ, nl. dat de rechter ambtshalve en eventueel buiten de grenzen van de rechtsstrijd de omzettingsebepalingen dient toe te passen. Ook een versteklatende consument kan hiermee worden beschermd.<sup>422</sup> (Lagere)<sup>423</sup> rechtspraak past dergelijke [2784] technieken reeds toe.<sup>424</sup>

Net als de Belgische en Franse rechter beschikt de Nederlandse rechter over de door het Hof vereiste onderzoeksbevoegdheden<sup>425</sup> en heeft hij eveneens een vraagrecht<sup>426, 427</sup>. Doordat de Nederlandse rechter dergelijke bevoegdheden heeft, lijkt ook zijn taak op die punten conform de eisen van het Hof te zijn.

<sup>416</sup> Zie: H. SNIJDERS, “Andermaal de vraag naar ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (van Europees recht)”, *WPNR* 2009, (998) 1001, nr. 4.

<sup>417</sup> Zie expliciet in die zin: *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 51. De ‘vernietigbaarheid’ wordt in het Nederlandse recht immers vaak aangewend als omzettingssanctie: zie bv. art. 6:233a e.v. NBW; art. 7:6 NBW (zie hierover H. SCHELHAAS, “Speciale regels voor de consumentenkoop” in B. WESSELS en A. VERHEIJ (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2006, (47) 48, nr. 49).

<sup>418</sup> H. SNIJDERS, “Aanvulling van gronden van EU-recht door de Nederlandse burgerlijke rechter” in A. HARTKAMP, C. SIEBURGH en L. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, I, Deventer, Kluwer, 2007, (79) 91. Zie vn. 38-39 in dit artikel voor rechtsleer volgens dewelke het Nederlandse recht de rechter wel degelijk de mogelijkheid biedt om de vernietigbaarheid ambtshalve toe te passen. Vgl. LOTH: “Regels van dwingend recht [bedoeld zijn regels van dwingend recht die niet de openbare orde raken, dus vergelijkbaar met Belgisch ‘dwingend recht’] dienen in beginsel ambtshalve te worden aangevuld door de rechter, tenzij het regels betreft waarop door partijen een beroep moet worden gedaan vooraleer de rechter er rechtsgevolgen aan kan verbinden (in welk geval art. 25 Rv. toepassing mist)”: M. LOTH, *Dwingend en aanvullend recht*, *supra* noot 3, 51, nr. 19B en de verwijzingen daar.

<sup>419</sup> S. DAMMINGA, “De Richtlijn Onrechtmatige Bedingen in consumentenovereenkomsten” in A. HARTKAMP, C. SIEBURGH en L. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, II, Deventer, Kluwer, 2007, (179) 189 en de verwijzingen daar; LOVCK, *Ambtshalve toetsing*, *supra* noot 344, 10-12. Zie hierover ook: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 135-136, nrs. 217-218.

<sup>420</sup> Het debat tussen SNIJDERS en HARTKAMP geeft een treffende illustratie van de diverse mogelijkheden om die ambtshalve aanvulling te rechtvaardigen. Dit debat bestaat uit de volgende bijdragen: A. HARTKAMP, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 39 p.; H. SNIJDERS, “Ambtshalve aanvulling”, *supra* noot 99, 541-552; A. HARTKAMP, “Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden”, *WPNR* 2008, 977-981; H. SNIJDERS, “Naschrift”, *WPNR* 2008, 981-982; A. HARTKAMP, “Ambtshalve aanvulling”, *supra* noot 374, 773-774 en H. SNIJDERS, “Andermaal de vraag”, *supra* noot 416, 998-1002.

<sup>421</sup> A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 136, nr. 219 (die deze weg verkiest); P. BAKKER, *Redelijkheid en billijkheid*, *supra* noot 301, 138; J. HJMA en M. OLTROF, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 346, nr. 489a; LOVCK, *Ambtshalve toetsing*, *supra* noot 344, 10-12. Die werkgroep verkiest de weg van art. 3:40 lid 2 NBW: *ibid.*, 12.

<sup>422</sup> Zie expliciet over de mogelijkheid van het ambtshalve uitspreken van de ‘vernietigbaarheid’ in verstekzaken: Memorie van Toelichting bij Aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *Parl.St.* Tweede Kamer, 2000-01, 27809, nr. 3, 12.

<sup>423</sup> De rechtspraak van de Hoge Raad lijkt dit echter nog niet met zo veel woorden te hebben aanvaard. Zie bv. HR 22 juni 2007, LJN BA3032. Zie ook: M. LOOS, “Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?”, *WPNR* 2007, 867-869.

<sup>424</sup> Zie bv. Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 20 december 2011, LJN BU8965. Dit arrest verantwoordt de ambtshalve toepassing via art. 3:40 lid 1 NBW (zie voornoemd arrest, ro. 8.7.5.). Andere rechtspraak hanteert dan weer de weg van art. 6:248 lid 2 NBW: zie in deze zin (impliciet) Rb. Zutphen 27 mei 2009, LJN B17904; (impliciet) Rb. Breda (sector kanton) 13 oktober 2010, LJN BO2775.

<sup>425</sup> Hij kan bv. de overlegging van stukken vorderen: art. 162 lid 1 Rv. Zie ook: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 191-194, nrs. 309-314.

### 3. Kritiek op het onderscheid qua uitdovingsgronden

**69. Inleiding** – Uit het voorgaande blijkt dat men een kritische houding aanneemt ten opzichte van het gebruikelijke onderscheid qua aanspraakgerechtigden en de traditionele rol van de rechter.<sup>428</sup> Naast die elementen vormt ook het onderscheid qua uitdovingsgronden het voorwerp van kritiek. Traditioneel kan de bevoegdheid om de vernietiging te vorderen op een aantal wijzen uitdoven. Zo kan die bevoegdheid met betrekking tot de *relatieve* nietigheid uitdoven door (1) bevestiging, (2) een overeenkomst tot beëindiging van de vernietigbaarheid en (3) verjaring. De uitdoving door bevestiging sluit men traditioneel echter uit voor *absolute* nietigheden. Die nietigheid kan wel net als de relatieve nietigheid uitdoven door een minnelijke overeenkomst en door verjaring. [2785]

#### a. Bevestiging

**70. Definitie van ‘bevestiging’: meer dan enkel afstand?** – Traditioneel definiëren zowel rechtspraak<sup>429</sup> als rechtsleer<sup>430</sup> de bevestiging van een verbintenis louter als een afstand van het recht om zich op de nietigheid ervan te beroepen. Sommigen benadrukken echter dat de bevestiging (ook) een objectieve component heeft, nl. de zuivering van de rechtshandeling die met de nietigheid is behept.<sup>431</sup> Bijgevolg is het raadzaam om een onderscheid te maken tussen de bevestiging die een herstelling van de rechtshandeling impliceert en de bevestiging die enkel een afstand van recht inhoudt. Hiervoor kan men het best in navolging van o.m. GHESTIN<sup>432</sup> twee onderscheiden termen hanteren (bv. de bevestiging–herstelling als tegenhanger van de bevestiging–afstand).

Spreekt men over de mogelijkheid om afstand te doen van het recht om de nietigheid in te roepen, dan heeft men het bijgevolg enkel over de bevestiging–afstand. Het is dan ook enkel deze vorm van bevestiging die het voorwerp van deze afdeling uitmaakt.<sup>433</sup>

**71. Bevestiging–afstand bij de relatieve nietigheid: vanaf wanneer?** – Het is algemeen aanvaard dat het mogelijk is om afstand te doen van het recht om een relatieve nietigheid te vorderen. Hieraan zijn wel enkele voorwaarden verbonden.<sup>434</sup> Zo moet de afstand (1) uitgaan van de titularis van het recht om de nietigheid in te roepen en met (2) vrije wil, (3) [2786] kennis van zaken en (4) intentie om te verzaken

---

<sup>426</sup> Art. 22 Rv. Zie ook: A. ANCERY, *Ambtshalve toepassing*, *supra* noot 293, 22-23, nr. 43 en 38-39, nr. 72. De Nederlandse rechter kan bij onduidelijkheid of tekortschieten van de vordering eveneens de debatten heropenen: HR 8 april 2005, *NJ* 2006, nr. 443, noot G. VAN SOLINGE.

<sup>427</sup> Zie voor meer rechterlijke bevoegdheden: H. SNIJDERS *et al.*, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, *supra* noot 257, 49, nr. 42.

<sup>428</sup> Zie ook *supra* nr. 46 voor een beïnvloeding van zijn rol in het kader van het tijdstip om de nietigheid op te werpen.

<sup>429</sup> Voor België: Cass. 12 november 1953, *Pas.* 1954, I, 181; Cass. 11 januari 1963, *Pas.* 1963, I, 552; Cass. 15 maart 1968, *Pas.* 1968, I, 884; voor Frankrijk: Cour d’appel de Versailles 14 november 2002, nr. 2001-2791; voor Nederland: HR 1 december 1938, *NJ* 1939, nr. 450.

<sup>430</sup> Voor België: J. DE CONINCK, “Openbare orde herbekeken”, *supra* noot 8, 320, nr. 70 en de verwijzingen daar; C. EYBEN, “Quels délais pour la prescription?” in P. JOURDAIN en P. WÉRY (eds.), *La prescription extinctive – Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2010, (3) 73, nr. 108 (hierna: C. EYBEN, “Prescription 2010”); P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 320-321, nr. 328 en de verwijzingen daar. Voor Frankrijk: zie de verwijzingen bij J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 947, nr. 795. Voor Nederland: zie de verwijzingen bij A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nr. 625.

<sup>431</sup> In deze zin A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 11, nr. 14.

<sup>432</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 947-949, nrs. 794-797. Zie daar voor eerdere rechtsleer in deze zin.

<sup>433</sup> Zie over de bevestiging–herstelling (in Frankrijk), zie J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 950-962, nrs. 798-815.

<sup>434</sup> Deze worden afgeleid uit art. 1338 BW.

gebeuren.<sup>435</sup> Die afstand kan overigens ook stilzwijgend gebeuren (bv. door vrijwillige uitvoering). Daarvoor moet men wel de wil van de beschermde partij om afstand te doen, met zekerheid kunnen afleiden uit een bepaalde handeling, gedraging of omstandigheid.<sup>436</sup> Tot slot mag een dergelijke afstand derden niet benadelen. Over het antwoord op de vraag vanaf wanneer een dergelijke afstand toegestaan is, is men minder eensgezind.<sup>437</sup>

Volgens een eerste strekking bestaat deze mogelijkheid *wanneer een geschil is gerezen*.<sup>438</sup> Anderen voeren aan dat het niet nodig is dat er een betwisting is gerezen met betrekking tot het beschermde recht en dat men afstand kan doen van de bescherming *wanneer het recht verworven is*.<sup>439</sup> Bepaalde rechtsleer nuanceert (terecht) deze stelling. Zij meent dat de beschermde partij zich niet per se in de beoogde beschermde toestand bevindt op het moment dat die het recht verwerft.<sup>440</sup> Aldus zou afstand maar mogelijk moeten zijn [2787] *wanneer beoogde bescherming uitwerking heeft kunnen hebben*.<sup>441</sup> Hoewel het Hof van Cassatie formeel gezien het criterium van de ‘verworven rechten’ hanteert, is het onduidelijk in welke mate het niet eveneens nagaat of de beschermde partij zich in de beoogde toestand bevond ten tijde van de afstand.<sup>442</sup>

**72. Bevestiging–afstand nooit mogelijk bij absolute nietigheid?** – Klassiek meent zowel rechtspraak<sup>443</sup> als rechtsleer<sup>444</sup> dat men enkel afstand kan doen van de mogelijkheid om de relatieve nietigheid te vorderen en de rechten die door bepalingen van aanvullend of (louter) dwingend recht worden toegekend. Afstand van de mogelijkheid om de absolute nietigheid te vorderen of van een recht dat door een bepaling van openbare orde is toegekend, is volgens deze visie niet mogelijk.

Een andere stroming is genuanceerder (en m.i. correcter). Die sluit niet principieel uit dat men afstand kan doen van een recht dat door een bepaling van openbare orde is toegekend. Een afstand van een dergelijk recht is mogelijk indien die verzaking de openbare orde niet schendt<sup>445</sup> of indien het algemeen belang de

<sup>435</sup> A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 12, nr. 14; J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 872-873, nr. 17; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 119, nr. 17; M. VON KUEGELGEN, “Réflexions”, *supra* noot 260, 603-605, nr. 31; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 320-323, nr. 328.

<sup>436</sup> A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 13, nr. 15 en de verwijzingen daar; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 119, nr. 17 en de verwijzingen daar.

<sup>437</sup> Zie ook: J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 872-878, nrs. 17-19; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 119-130, nrs. 17-22. Hij wijst overigens ook niet ten onrechte op het gevaar dat bepaalde beschermende personen eventueel misbruik van de geboden bescherming zouden kunnen maken door – vooraleer de persoon rechtsgeldig afstand kan doen van de bescherming – een houding aan te nemen die onverenigbaar is met het recht om de vernietiging te vorderen: *ibid.*, 129, nr. 22. Het Hof van Cassatie lijkt te erkennen dat het vorderen van de nietigheid rechtsmisbruik kan uitmaken: Cass. 24 juni 2010, C.09.0065.N.

<sup>438</sup> Zie: L. DE ZUTTER, “Face aux clauses abusives”, *supra* noot 281, 186, nr. 17; S. STJNS, “Nietigheid als sanctie”, *supra* noot 34, 230-231. Zie ook: J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 120, nr. 17.

<sup>439</sup> I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, onuitg. doctoraal proefschrift UGent, 2000, 709; S. VAN WASSENHOVE, “La renonciation en droit du travail”, *JTT* 2007, (409) 410.

<sup>440</sup> W. RAUWS, *Civielrechtelijk*, *supra* noot 7, 372; F. TERRÉ et al., *Droit civil*, *supra* noot 15, 417-418, nr. 403 en de verwijzingen daar.

<sup>441</sup> B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, *supra* noot 13, 304, nr. 188; L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 696-697, nrs. 553-554; X. DIEUX, “Le contrat”, *supra* noot 67, 272; W. RAUWS, *Civielrechtelijk*, *supra* noot 7, 372; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid”, *supra* noot 104, 12, nr. 14; M. VON KUEGELGEN, “Réflexions”, *supra* noot 260, 603, nr. 31.

<sup>442</sup> Zie bv. Cass. 13 december 2010, *NjW* 2011, 178, noot AVB; Cass. 16 mei 2011, *NjW* 2011, 496, noot SDGR.

<sup>443</sup> Zie bv. Cass. 31 oktober 2008, C.06.0445.N; Cass. 15 mei 2006, *TBBR* 2007, 23, noot S. MOSSELMANS; Cass. 10 maart 1994, *TRV* 1995, 176, noot H. LAGA.

<sup>444</sup> X. DIEUX, “Le contrat”, *supra* noot 67, 263, nr. 5; M. VON KUEGELGEN, “Réflexions”, *supra* noot 260, 606, nr. 34.

<sup>445</sup> F. RIGAU, “Les renonciations au bénéfice de la loi en droit civil belge” in *Travaux de l’association Henri Capitant pour la culture juridique française 1959-1960*, deel 13, Parijs, Dalloz, 1963, (385) 439, nr. 28.

vernietiging niet (meer) vereist.<sup>446</sup> Volgens sommigen is dit enkel het geval indien een retroactieve wet ervoor zorgt dat de vernietigbare rechtshandeling de openbare orde niet schendt (en nooit geschonden heeft).<sup>447</sup> Anderen menen daarentegen dat afstand veel vaker toegestaan is, nl. telkens als de afstand de openbare orde zoals die geldt ten tijde van de rechter-[2788] lijke uitspraak, niet schendt.<sup>448</sup>

Volgt men die tweede stroming – wat de rechtspraak overigens (nog) niet doet<sup>449</sup> –, dan dient men het onderscheid met betrekking tot de (on)mogelijkheid tot afstand te herformuleren. Theoretisch gezien kan men dan immers afstand doen van zowel een absolute als een relatieve nietigheid. Toch is er nog steeds een onderscheid met betrekking tot de mogelijkheid tot afstand. Het onderscheidingscriterium betreft dan de vraag of de mogelijkheid tot bevestiging afhangt van een bepaalde toestand waarin partijen zich al dan niet bevinden. Dit is het geval voor de bevestiging–afstand van het recht om de relatieve nietigheid te vorderen. Bij de absolute nietigheid hangt de mogelijkheid tot afstand daarentegen af van de toestand van de openbare orde en van de vraag of een afstand die al dan niet schendt.

#### **b. De overeenkomst tot beëindiging van de vernietigbaarheid**

**73. Overeenkomst tot beëindiging van de vernietigbaarheid in België en Frankrijk** – In België en Frankrijk<sup>450</sup> kan men de vernietigbaarheid van een absoluut nietige rechtshandeling beëindigen door middel van een overeenkomst waarbij men het gebrek dat de vernietigbaarheid veroorzaakte, verbetert of wegwerkt.<sup>451</sup> Rechtsleer benoemt deze ‘zuiverende’ overeenkomst op de meest uiteenlopende wijzen: men beschouwt dit als [2789] een vrijwillige conversie,<sup>452</sup> een regularisatie<sup>453</sup> of een wederzijdse opzegging<sup>454</sup> van de overeenkomst. Uiteraard is vereist dat die overeenkomst aan alle geldigheidsvereisten voldoet.<sup>455</sup> Hierdoor kan een overeenkomst die behept is met een absolute nietigheid wegens schending met de openbare orde of de goede zeden, slechts ‘gezuiverd’ worden indien er geen sprake meer is van een dergelijke schending.

<sup>446</sup> V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Nullités”, *supra* noot 108, 89.

<sup>447</sup> J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 986-990, nrs. 843-845.

<sup>448</sup> S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Parijs, Economica, 2006, 156, nr. 301 en de verwijzingen in vn. 2 (hierna: S. GAUDEMET, *Réputée non écrite*); M. MEKKI, *Intérêt général*, *supra* noot 23, 610, nr. 1034.

<sup>449</sup> Zie voor Belgische rechtspraak *supra* noot 443.

<sup>450</sup> Doordat de nietigheid in Nederland van rechtswege uitwerking heeft, kan zij onmogelijk worden bevestigd. Zij kan daarentegen wel worden *bekrachtigd* (art. 3:58 NBW), wat inhoudt dat de overeenkomst nadat ze is gesloten alsnog voldoet aan alle geldigheidsvereisten: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH 2010, *supra* noot 16, nrs. 658-661. De Nederlandse ‘vernietigbaarheid’ kan wel worden beëindigd, o.a. door verval van de bevoegdheid tot buitengerechtelijke vernietiging: zie *supra* nr. 42.

<sup>451</sup> Voor België zie I. CLAEYS, “Nietigheid in beweging”, *supra* noot 36, 305, nr. 51; voor Frankrijk zie F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil*, *supra* noot 15, 406, nr. 389. Zie ook: J. BAECK, “(Feitelijk?) vooruitlopen”, *supra* noot 153, 328-330, nrs. 7-10; L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 701, nr. 557. Dit is uiteraard ook mogelijk voor de relatieve nietigheid.

<sup>452</sup> J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 203.

<sup>453</sup> Zie hierover: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 950-962, nrs. 798-815. Men dient deze regularisatie te onderscheiden van de ‘hermaking’ (“réfection”) van de overeenkomst. In tegenstelling tot de ‘hermaking’ heeft de regularisatie retroactieve werking: J. GHESTIN, *Traité*, *supra* noot 15, 951, nr. 800 en 987, nr. 844. Zie over de ‘hermaking’ in België: M. DUPONT, “Nullités”, *supra* noot 7, 73-74, nr. 36; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 322-323, nr. 328 litt. B.

<sup>454</sup> S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. Onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 47, nr. 16, vn. 81.

<sup>455</sup> I. CLAEYS, “Nietigheid in beweging”, *supra* noot 36, 305, nr. 51 en de verwijzingen daar in noot 159.

### c. Verjaring

**74. Nog steeds een onderscheid qua vertrekpunt** – Sinds 1998 zijn in België de verjaringstermijnen om de absolute en de relatieve nietigheid te vorderen, beide tien jaar.<sup>456</sup> Hun principiële vertrekpunt verschilt echter nog steeds. Bij een relatieve nietigheid hangt het vertrekpunt immers soms af van feitelijke omstandigheden;<sup>457</sup> bij een absolute nietigheid begint de verjaring steeds te lopen vanaf het moment van contractsluiting.<sup>458</sup> Dit heeft tot gevolg dat men een relatieve nietigheid in bepaalde omstandigheden op een later tijdstip kan vorderen dan een absolute nietigheid, waardoor men langer bescherming zou bieden aan private belangen dan aan het algemeen belang.<sup>459</sup> Doordat de rechter echter steeds de uitvoering van een overeenkomst die strijdig is met de openbare orde of de goede zeden moet afwijzen als ontoelaatbaar<sup>460</sup> of zelfs ongegrond,<sup>461</sup> moet men de gevolgen van dat onderscheid echter nuanceren. Bovendien vangt [2790] de onverjaarbaarheid van de exceptie van nietigheid deels de gevolgen van dit onderscheid op.<sup>462</sup>

**75. Mogelijkheid om de vertrekpunten principieel gelijk te schakelen** – Sommige rechtsleer meent dat men dit verschil beter kan wegwerken en oppert bijgevolg voor een principiële gelijkstelling.<sup>463</sup> Inspiratie kan men hiervoor putten uit het Franse recht, dat de onderscheiden vertrekpunten in principe heeft gelijkgeschakeld. Zo begint de termijn pas te lopen op de dag waarop de titularis van dat recht de feiten kende (of behoorde te kennen) die hem in staat stellen de vordering uit te oefenen.<sup>464,465</sup> In navolging hiervan zou men in België een gelijkaardig, algemeen vertrekpunt kunnen instellen dat geldt voor beide nietigheden.<sup>466</sup> Specifieke vertrekpunten voor bepaalde gevallen van relatieve nietigheid zijn uiteraard nog steeds mogelijk.

## IV. EN WAT NU? EEN BLIK OP DE TOEKOMST

**76. Geen herijking openbare orde – dwingend recht vereist** – De toenadering tussen regels van openbare orde en dwingend recht en de daaraan verbonden gevolgen zorgt niet voor fundamentele

<sup>456</sup> Zie *supra* nr. 40, sub 4 en de verwijzingen daar.

<sup>457</sup> De termijn loopt bv. vanaf de kennisname van de dwaling of het bedrog of vanaf het ophouden van het geweld: art. 1304 lid 2 BW.

<sup>458</sup> M. VON KUEGELGEN, “Réflexions”, *supra* noot 260, 625-626, nr. 49; P. WÉRY, *Obligations 2011*, *supra* noot 7, 323, nr. 329.

<sup>459</sup> T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 716, nr. 14.

<sup>460</sup> Cass. 14 december 2012, *supra* noot 185.

<sup>461</sup> Cass. 28 september 2012, *supra* noot 172.

<sup>462</sup> Zie uitgebreid over de exceptie van nietigheid: C. EYBEN, “Prescription 2010”, *supra* noot 430, 71-82, nrs. 102-127; T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 724-738, nrs. 28-46. Zie ook *supra* nrs. 36 en 57-58 voor de gebreken van de exceptie van nietigheid.

<sup>463</sup> Zie: M. VON KUEGELGEN, “Réflexions”, *supra* noot 260, 625-626, nr. 49; P. WÉRY, “Vue de l’ensemble sur les causes d’extinction des contrats” in P. WÉRY (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, (5) 20, nr. 9. CLAEYS beperkt zich tot het standpunt dat het onderscheid moeilijk te verantwoorden is: I. CLAEYS, “Verkenning”, *supra* noot 196, 389, nr. 31.

<sup>464</sup> Art. 2224 C.civ. Zie ook *supra* nr. 41.

<sup>465</sup> Het Nederlandse recht kent een soortgelijke algemene formulering: de termijn voor de vernietigbaarheid begint daar pas te lopen indien deze bevoegdheid de titularis ervan “ten dienste is komen te staan”: art. 3:52 lid 1 (d). Lid 1 (a)-(c) voorziet bv. in specifieke vertrekpunten. Zie ook *supra* nr. 42. Aangezien de Nederlandse nietigheid van rechtswege niet moet worden gevorderd, is er ook geen vertrekpunt voor de verjaring van die vordering. Hierdoor stelt zich de vraag naar een eventueel onderscheid qua vertrekpunten niet.

<sup>466</sup> De visie dat ook voor de afdwinging van een absolute nietigheid een verjaringstermijn geldt, kan worden betwist: zie *infra* nr. 77 e.v.

problemen in de praktijk. Zo heeft de – niet onterechte – kritiek op het conceptuele onderscheid niet tot gevolg dat een herziening van het onderscheid tussen regels van openbare orde en dwingend recht noodzakelijk is.<sup>467</sup> Daarnaast heeft de vermindering van het aantal verschillen qua rechtsgevolgen op zich evenmin een [2791] reden blootgelegd om het huidige onderscheid – behalve misschien wat het vertrekpunt van de verjaring betreft<sup>468</sup> – te herwerken.

**77. Een dieper geworteld probleem** – Hoewel uit het voorgaande onderzoek af te leiden valt dat de verhouding tussen regels van openbare orde en dwingend recht niet meteen alarmerend is, betekent dit niet dat er met de absolute en relatieve nietigheid geen knelpunten aanwezig zijn. Wel integendeel: het onderzoek heeft bepaalde gebreken van de ‘moderne’ nietigheidsleer die gemeen zijn aan beide vormen van nietigheid aan het licht gebracht. Vooral de nood aan een rechterlijke tussenkomst – die nauw verbonden is met de werking van de verjaring – veroorzaakt bepaalde moeilijkheden. Hierna licht ik voor de absolute (A) en de relatieve nietigheid (B) eerst die moeilijkheden verder toe (A.1. en B.1.), om nadien enkele mogelijke oplossingen te bespreken (A.2. en B.2.).

## **A. De toekomst van de absolute nietigheid**

### **1. Huidige onvolkomenheden**

**78. Ontoelaatbaarheid ondervangt bepaalde gebreken van de nietigheidsleer...** – De theoretische problemen die het gevolg zijn van een verplichte rechterlijke tussenkomst bij een absolute nietigheid, zijn reeds eerder in deze bijdrage kort aangestipt.<sup>469</sup> Kort samengevat zorgt dit vereiste ervoor dat een rechtshandeling geldig (en bijgevolg afdwingbaar) is zolang die niet door middel van een rechterlijke uitspraak is vernietigd. Doordat men aan die bevoegdheid tot vernietiging een termijn koppelt waarbinnen die bevoegdheid moet worden uitgeoefend,<sup>470</sup> bestaat de mogelijkheid dat dit niet binnen die termijn gebeurt. Het logische gevolg hiervan is dat een rechtshandeling na die periode onaantastbaar geldig is, wat mogelijk een ongewenst resultaat is. Op het eerste gezicht lijkt dit immers mogelijk te maken dat de uitvoering van een absoluut nietige rechtshandeling wordt afgedwongen nadat de vernietigingstermijn is verstreken. Een dergelijke vordering tot nakoming van een absoluut nietige rechtshandeling is echter ontoelaatbaar, wat een groot deel van de mogelijk ongewenste gevolgen van de verplichte rechterlijke tussenkomst ondervangt.<sup>471</sup> [2792]

---

<sup>467</sup> Zie hiervoor *supra* nr. 45.

<sup>468</sup> Zie *supra* nr. 75.

<sup>469</sup> Zie *supra* nr. 37.

<sup>470</sup> Naar huidig Belgisch recht tien jaar (art. 2262*bis*, § 1, lid 1 BW); naar huidig Frans recht vijf jaar (art. 2224 C.civ.). Die verjaringstermijnen waren vroeger voor beide stelsels dertig jaar: de huidige termijnen zijn in 1998 (België) en in 2008 (Frankrijk) ingevoerd: zie *supra* nrs. 40-41.

<sup>471</sup> Zie *supra* nr. 38.

**79. ... maar niet alle** – Los van de vraag of in verband met de vordering tot nakoming van een absoluut nietige rechtshandeling een dissociatie tussen onontvankelijkheid en ongegrondheid wenselijk is,<sup>472</sup> moet men vaststellen dat de ontoelaatbaarheid van een vordering tot nakoming een beperkte draagwijdte heeft. Zo kan ze geen antwoord bieden in gevallen waarbij een betaling ter uitvoering van een absoluut nietige rechtshandeling wordt teruggevorderd maar de vernietigingstermijn reeds is verstreken.<sup>473</sup> Een dergelijk geval kan zich voordoen bij rechtshandelingen met opeenvolgende prestaties wanneer de geleverde prestatie pas lange tijd na de totstandkoming van de rechtshandeling moet worden uitgevoerd. Wanneer een dergelijke prestatie (bv. betaling van huurgelden van een bepaalde maand ter uitvoering van een absoluut nietige overeenkomst) pas negen jaar na de totstandkoming van de rechtshandeling wordt uitgevoerd, is een restitutievordering twee jaar later op zich niet verjaard, maar is de vernietigingstermijn reeds verstreken. Aanvaardt men dat de eis tot nakoming ontoelaatbaar maar gegrond is, dan kan de beschreven restitutievordering niet worden ingewilligd. Als de aanspraak van de wederpartij als gegrond wordt beschouwd, is de betaling van de prestatie immers niet onverschuldigd.

M.i. is een dergelijke verplichte afwijzing van de restitutievordering strijdig met de openbare orde en niet verenigbaar met art. 6 BW. De rechter moet de restitutie immers weigeren als de openbare orde of de goede zeden dit vereisen.<sup>474</sup> Dit betekent echter niet dat elke restitutie uitgesloten is. Zo is het mogelijk dat de inwilliging van de vermelde restitutievordering geen afbreuk doet aan de openbare orde of de goede zeden, bv. omdat de ene partij zich niet schandelijk heeft gedragen of de openbare orde een zwaardere bestraffing van de medecontractant oplegt.

## 2. Mogelijke oplossingen

**80. Exceptie van nietigheid: geen optie** – Het zonet geschetste probleem kan men niet oplossen door een beroep op de exceptie van nietigheid. De [2793] voornaamste reden is dat de exceptie van nietigheid in de eerste plaats een (materieelrechtelijke) exceptie is, nl. een verweermiddel.<sup>475</sup> Bijgevolg is die rechtsfiguur dan ook nutteloos wanneer de eis een vordering tot restitutie inhoudt. Bovendien kan men dit verweermiddel maar aanwenden indien de rechtshandeling nog geen begin van uitvoering heeft gekend.<sup>476</sup> Daar de moeilijkheden voornamelijk rijzen bij rechtshandelingen met opeenvolgende prestaties, is de kans groot dat er in het verleden reeds enige uitvoering is gegeven aan die rechtshandeling, wat de toepassing van de exceptie van nietigheid uitsluit.

---

<sup>472</sup> Zie kritisch over de kwalificatie van de eis tot nakoming van een absoluut nietige rechtshandeling als onontvankelijk (want volgens hen ongegrond): S. BEERNAERT, “Belang als ontvankelijkheidsvereiste”, *supra* noot 185, 160, nr. 12; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé, Tome préliminaire, Introduction générale, I, Principes généraux de droit judiciaire privé*, Brussel, Bruylant, 1979, 133, nr. 104. Zie over die discussie ook P. VANLERSBERGHE, “Art. 17 Ger.W.” in *Comm.Ger.* 2002, 14, nr. 12; P. VANLERSBERGHE, “Art. 18 Ger.W.” in *Comm.Ger.* 2002, 4-7, nrs. 2-4.

<sup>473</sup> Die restitutievordering is immers niet steeds ontoelaatbaar: wanneer de openbare orde vereist dat de medecontract-verweerder zwaarder wordt gestraft, lijkt me de vordering wel degelijk toelaatbaar.

<sup>474</sup> Traditioneel hanteert men hiervoor het adagium *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*: zie hierover uitgebreid J. BAECK, *Restitutie*, *supra* noot 197, 168-171, nrs. 251-255 en de verwijzingen daar. Ik ben het echter met BAECK eens dat art. 6 BW een meer gepaste grondslag vormt voor de weigering van de restitutie: zie J. BAECK, *Restitutie*, *supra* noot 197, 171-175, nrs. 256-262 en 188-194, nrs. 282-292.

<sup>475</sup> Zie *supra* nr. 36.

<sup>476</sup> Zie *supra* nr. 36.

**81. Verlenging<sup>477</sup> van de verjaringstermijn: betwifelbare optie** – Meerdere auteurs hebben als oplossing voor verjaringsproblemen bij de nietigheid een verlenging van de verjaringstermijn voorgesteld.<sup>478</sup> Zo zou de rechtshandeling ook na het verstrijken van de vernietigingstermijn kunnen worden vernietigd “*zolang een niet door verjaring getroffen beroep in rechte op de overeenkomst (of een gedeelte ervan) mogelijk is*”<sup>479</sup>. Dit voorstel lijkt voornamelijk de scherpe kanten van de exceptie van nietigheid af te willen nemen,<sup>480</sup> waardoor het dus aan dezelfde fundamentele beperkingen onderhevig is als die exceptie. Op die manier zou de verlenging van de vernietigingstermijn dan ook enkel betrekking hebben op gevallen waarbij de verweerder zich op de nietigheid wenst te beroepen. Een eventuele poging om ook een beroep van de eiser op de nietigheid met dit voorstel te omvatten lijkt me niet mogelijk. Het ‘beroep in rechte’ waarvan sprake in het voorstel lijkt me de uitoefening van een aanspraak te suggereren.<sup>481</sup> In het voorbeeld beoogt de verweerder evenwel geen enkele aanspraak ten gelde te maken, aangezien hij reeds betaald is.

Zelfs indien men op basis van het vermelde wijzigingsvoorstel ook dit probleem zou kunnen aanpakken, lijkt me dit niet de aangewezen weg. De reden hiervoor is dat bij de relatieve nietigheid dit wijzigingsvoorstel niet kan volstaan<sup>482</sup> en dat de volgende oplossing daarentegen voor beide nietigheden mogelijk een alternatief kan zijn.

**82. Nietigheid van rechtswege: mogelijke optie** – Die laatste optie bestaat erin dat men de absolute nietigheid *van rechtswege* (of nog: *ex lege*, *ipso iure* of automatisch) afdwingt. Aldus zou de vraag naar de vernietigingstermijn overbodig zijn, daar de nietigheid uit kracht der wet is ingetreden, nl. zonder dat daarvoor enige handeling van een partij bij die rechtshandeling is vereist. Dit zou een oplossing kunnen bieden voor het gehanteerde voorbeeld. Daar de nietigheid van rechtswege is ingetreden, heeft de eiser in principe vanaf het moment van betaling de mogelijkheid om het betaalde terug te vorderen. Net als elke persoonlijke rechtsovereenkomst waar geen uitzondering voor geldt, verjaart een dergelijke restitutievordering na tien jaar (art. 2262bis, § 1, lid 1 BW), waardoor de inwilliging van de restitutievordering mogelijk is.<sup>483</sup>

---

<sup>477</sup> Sommigen hebben ook een afschaffing van de verjaringstermijn voorgesteld, waardoor de absolute nietigheid onverjaarbaar zou zijn. Zie hiervoor: T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 717, nrs. 17-18. Ik ben het met TANGHE eens dat dit de rechtszekerheid in het gedrang zou brengen en keur om dezelfde redenen die oplossing af. Zie hiervoor T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 717-718, nr. 19 en de verwijzingen daar.

<sup>478</sup> Zie voor een overzicht van die auteurs (met toelichting van de verschillende nuances): T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 719-721, nrs. 22-24. TANGHE staat dit overigens zelf ook – zij het in licht gewijzigde vorm – voor. Zijn voorstel tot wetwijziging luidt als volgt: “*In het geding waarbij een beroep in rechte met betrekking tot de nakoming van een overeenkomst (of een gedeelte ervan) wordt gedaan, kan de verjaring van de rechtsovereenkomst tot vernietiging van de overeenkomst (of van het gedeelte ervan) niet worden opgeworpen. Deze regel is niet[...] van toepassing indien de tegenpartij aantoont dat het beroep in rechte door verjaring getroffen is*”: *ibid.*, 721-722, nr. 25.

<sup>479</sup> T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 723, nr. 27. Hij voegt die nuance toe om te vermijden dat een rechtshandeling waar nog geen enkele uitvoering aan is gegeven ook nog zou kunnen worden vernietigd: *ibid.*, 720-721, nrs. 24-25.

<sup>480</sup> Het voorstel tot verlenging van de termijn om de nietigheid te vorderen wordt dan ook als oplossing voor de moeilijkheden bij de exceptie van nietigheid behandeld. Zie: T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, die zijn wijzigingsvoorstel (punt 3.3.3. in zijn bijdrage) bespreekt bij de exceptie van nietigheid (punt 3.).

<sup>481</sup> De auteur van het voorstel lijkt een ‘beroep in rechte’ voor verjaring vatbaar te achten, waardoor hij m.i. het ‘beroep in rechte’ gelijkstelt met een aanspraak: T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 721, nr. 25.

<sup>482</sup> Zie *infra*, nr. 86.

<sup>483</sup> In het gehanteerde voorbeeld (*supra* nr. 79) is de betaling negen jaar na de totstandkoming van de rechtshandeling gebeurd. Elf jaar na de totstandkoming van de rechtshandeling is de restitutievordering dus nog niet verjaard, aangezien de verjaringstermijn



## B. De toekomst van de relatieve nietigheid

### 1. Huidige onvolkomenheden

**83. Rechtspraak van het Hof van Justitie** – Doordat drie arresten van het Hof van Justitie m.i. de consument de mogelijkheid bieden om verstek te laten, voldoet de Belgische relatieve nietigheid – in tegenstelling tot de Nederlandse ‘vernietigbaarheid’<sup>484,485</sup> – niet in alle gevallen.<sup>486</sup> [2795]

**84. Verjaring en relatieve nietigheid** – De moeilijkheden beperken zich echter niet tot verstekzaken. Vooral bij relatief nietige bedingen leidt de werking van de verjaring tot mogelijk ongewenste gevolgen. Het volgende voorbeeld kan dit illustreren: in een woninghuurovereenkomst met een conventioneel bepaalde duur van elf jaar<sup>487</sup> is een uitdrukkelijk ontbindend beding<sup>488</sup> opgenomen dat overeenkomstig art. 1762bis BW voor niet geschreven wordt gehouden. Niettegenstaande die specifieke terminologie meent men doorgaans dat de wetgever geen andere sanctie heeft beoogd dan de (relatieve)<sup>489</sup> nietigheid.<sup>490</sup> Volgt men die analyse, dan komt men tot een mogelijk ongewenst gevolg indien de wanprestatie vermeld in het beding zich meer dan tien jaar na de totstandkoming van de overeenkomst voordoet. De bevoegdheid tot vernietiging is immers verjaard<sup>491</sup> en de exceptie van nietigheid kan niet worden toegepast<sup>492</sup> zodat er geen middelen aanwezig zijn om een eis tot nakoming af te wijzen als ongegrond. [2796]

### 2. Mogelijke oplossingen

**85. (Uitbreiding van) ontoelaatbaarheid: betwifelbare optie** – Om bovenstaande problemen op te lossen zou men net als bij de absolute nietigheid de eis tot nakoming van een verplichting ontstaan uit een

---

pas twee jaar eerder is beginnen lopen. Men neemt immers aan dat de opeisbaarheid het vertrekpunt vormt voor de verjaring van die persoonlijke rechtsvordering: I. CLAEYS, “Opeisbaarheid, kennisname en schadeverwekkend feit als vertrekpunten van de verjaring” in I. CLAEYS (ed.), *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt?*, Mechelen, Kluwer, 2005, (31) 46, nr. 31.

<sup>484</sup> *Supra*, nr. 68. Wat de Franse *clause réputée non écrite* betreft, is dit niet geheel duidelijk: zie *supra* nr. 67.

<sup>485</sup> De Belgische invulling van het beschikkingsbeginsel belet m.i. dat de Belgische rechter een nietigheid ambtshalve zou kunnen uitspreken: zie *supra*, nrs. 56-57.

<sup>486</sup> *Supra*, nr. 66.

<sup>487</sup> Wat toegelaten is op grond van art. 3, § 7, lid 1 Woninghuurwet.

<sup>488</sup> Dit beding kan bv. stellen dat de eenmalige, laattijdige betaling van de huurgelden een einde maakt aan de huurovereenkomst en de verhuurder recht geeft op een vergoeding gelijk aan zes maanden huur.

<sup>489</sup> Volgens mij dient men de bescherming van art. 1762bis BW als een relatieve nietigheid te beschouwen: dit artikel beoogt immers voornamelijk particuliere belangen (en meer bepaald die van de huurder) te beschermen. Zie Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van titel VIII van Boek III van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 1928-29, nr. 64, 3-4. Zie ook: C. CAUFFMAN, “Uitdrukkelijk ontbinding beding” in *Comm.Bijz.Ov.* 2009, 7, nr. 9; M. DAMBRE, “De onmogelijkheid tot buitengerechterlijke ontbinding van een huurovereenkomst m.b.t. een onroerend goed” (noot onder Kh. Dendermonde 3 februari 2011), *TBBR* 2013, (217) 218-219, nr. 5; P. WÉRY, “La résolution unilatérale d’un contrat de bail immobilier est interdite”, *JT* 2010, (709) 712, nr. 10 en specifiek vn. 49 voor de aard van art. 1762bis BW (nl. louter dwingend recht).

<sup>490</sup> Zie bv. Cass. 30 juni 2003, S.02.0098.F, concl. LECLERCQ. In deze zin (impliciet): V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Nullités”, *supra* noot 108, 98; I. CLAEYS, “Nietigheid in beweging”, *supra* noot 36, 286-287, nr. 26; S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 49, nr. 38 en de verwijzingen daar; P. WÉRY, “Nullité”, *supra* noot 162, 21, nr. 9. In Frankrijk lijkt men daarentegen deze sanctie te onderscheiden van de relatieve nietigheid. Zie ook over de verschillende houdingen van de rechtsleer ten opzichte van die sanctie: J. BAECK, “(Feitelijk?) vooruitlopen”, *supra* noot 153, 327, nr. 6; T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 749-750, nr. 65; J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 883-884, nr. 23; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 138, nr. 30.

<sup>491</sup> De vernietigingstermijn bedraagt immers tien jaar: art. 1304 lid 1 BW.

<sup>492</sup> Traditioneel vereist de exceptie van nietigheid immers dat er nog geen uitvoering aan de overeenkomst is gegeven: zie *supra* nr. 36 en de verwijzingen in vn. 169-170. Gedurende meer dan tien jaar is de overeenkomst in dit voorbeeld echter uitgevoerd.

relatief nietig beding als ontoelaatbaar kunnen beschouwen.<sup>493</sup> Het is echter verre van zeker of men een eis tot nakoming van een verplichting die in strijd is met een wettelijk voorschrift als dusdanig kan beschouwen wanneer die norm louter in de relatieve nietigheid voorziet. In het geval de relatief nietige rechtshandeling bevestigd is, kan men m.i. moeilijk argumenteren dat een eis tot nakoming niet toelaatbaar zou zijn.

Kwalificeert men een dergelijke eis toch als onontvankelijk, dan doen zich minder problemen voor dan bij de absolute nietigheid. Zoals gezegd laat de loutere ontoelaatbaarheid van de eis tot nakoming bij de absolute nietigheid geen restitutievordering toe.<sup>494</sup> Die restitutievordering moet echter anders worden benaderd bij een relatieve nietigheid. In tegenstelling tot wat geldt bij de absolute nietigheid,<sup>495</sup> levert de verplichte afwijzing van de restitutievordering geen (theoretische) problemen op. Een vrijwillige uitvoering door de schuldenaar zal men immers vaak als een bevestiging van de rechtshandeling kunnen aanmerken, wat meteen de ongegrondheid van de restitutievordering verklaart. Is de uitvoering niet vrijwillig gebeurd, dan zal de schuldenaar die (uitvoerings)rechtshandeling kunnen doen vernietigen. Die vernietiging zou dan een zelfstandige (en alternatieve) grondslag kunnen vormen voor de terugvordering van wat betaald is.<sup>496</sup> Ofwel is de ongegrondheid van de restitutievordering dus het gevolg van een bevestiging, ofwel is er een andere rechtsgrond aanwezig om teruggave te bekomen.

**86. Exceptie van nietigheid en verlenging verjaringstermijn: geen opties** – Om dezelfde reden als bij de absolute nietigheid biedt de exceptie van nietigheid hier geen soelaas. Zeer vaak zal de overeenkomst reeds enige uitvoering hebben gekend, waardoor de exceptie niet meer kan worden opgeworpen.<sup>497</sup> Het voornaamste gebrek van een eventuele verlenging van de verjaringstermijn is dat de nietigheid nog steeds moet worden gevorderd. Aldus is de versteklatende partij die door de nietigheid wordt beschermd nog steeds gebonden aan het beding, wat m.i. niet conform is [2797] aan de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>498</sup> Bovendien kan men zich de vraag stellen of een partij die door een relatieve nietigheid is beschermd niet eveneens in zuiver internrechtelijke aangelegenheden verstek moet kunnen laten gaan.<sup>499</sup>

**87. (Partiële) nietigheid van rechtswege: mogelijke optie...** – Beide vermelde problemen kunnen worden opgelost indien bepaalde gevallen van relatieve nietigheid een automatisch werkend karakter hebben. Zo zou de beschermde partij verstek kunnen laten gaan zonder eerst de vernietiging te moeten vorderen: de eis tot nakoming van de wederpartij zal wegens het *ex lege* karakter van die sanctie ook in verstekzaken als ongegrond moeten worden afgewezen. Bovendien spelen eventuele verjaringsproblemen

---

<sup>493</sup> Zie *supra* nr. 38.

<sup>494</sup> *Supra*, nr. 79.

<sup>495</sup> Zie *supra*, nr. 79.

<sup>496</sup> Stel dat in het voorbeeld van nr. 84 de verhuurder de huurder met geweld dwingt tot betaling van de schadevergoeding die in het beding vermeld is. De huurder zou dan die betaling (theoretisch) kunnen doen vernietigen, wat hem een werkzame rechtsgrond verschaft om zijn betaling terug te krijgen.

<sup>497</sup> Zie *supra*, nr. 36 en de verwijzingen in vn. 169-170.

<sup>498</sup> Zie *supra*, nr. 66.

<sup>499</sup> Zie voor auteurs in deze zin die de zgn. 'maximalistische' visie op het verstek hebben, *supra*, nr. 57, vn. 316. Zoals gezegd is die visie met betrekking tot de nietigheid theoretisch gezien niet overtuigend: *supra*, nr. 58.

niet, aangezien een *ex lege* werkende sanctie automatisch wordt afgedwongen en er dus geen vernietigingsbevoegdheid kan uitdoven.

**88. ... die verdere uitwerking behoeft** – Bepaalde Belgische rechtsleer pleit er dan ook voor om een dergelijke sanctie te erkennen voor bepaalde gevallen die nu met de (rechterlijk uit te spreken) relatieve nietigheid worden bestraft.<sup>500</sup> In navolging van Franse rechtsleer<sup>501</sup> erkennen sommigen de volgende kenmerken van die van rechtswege werkende sanctie: (1) de sanctie is niet onderhevig aan bevrijdende verjaring, (2) de sanctie heeft steeds terugwerkende kracht, (3) de beschermde persoon kan geen afstand doen van de geboden bescherming, (4) eenieder kan zich op het de automatisch werkende sanctie beroepen en (5) de rechter moet de sanctie [2798] ambtshalve opwerpen.<sup>502</sup> Twee van die kenmerken lijken echter niet in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zo vereist het Hof in de eerste plaats dat de consument wel degelijk afstand kan doen van geboden bescherming.<sup>503</sup> M.i. vloeit bovendien uit het doeltreffendheidsbeginsel in de tweede plaats voort dat enkel de consument kan beslissen of hij al dan niet gebonden is aan het beding, wat ervoor zorgt dat de professionele wederpartij zich niet tegen de wil van de consument op het beding kan beroepen.<sup>504</sup> Opdat een dergelijke sanctie een werkelijke oplossing kan bieden is minstens een grondige analyse (en herziening) van de vermelde basiskkenmerken vereist. Bovendien zijn er nog bepaalde onduidelijkheden die verholpen moeten worden, zoals het toepassingsgebied (ter vervanging van welke rechterlijk uit te spreken nietigheden komt [2799] die sanctie?)<sup>505</sup> en de rol van de rechter bij een dergelijke sanctie<sup>506</sup>. Een andere optie bestaat erin een

<sup>500</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie*, *supra* noot 60, 678, nr. 540. Lijkt eveneens die sanctie te onderscheiden van de relatieve nietigheid: M. VON KUEGELGEN, “Réflexions”, *supra* noot 260, 573. Vgl. I. CLAEYS, “Nietigheid in beweging”, *supra* noot 36, 286-287, nr. 26. Pleit nadrukkelijk voor die sanctie J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 143-148, nrs. 34-36.

<sup>501</sup> Zie: V. COTTEREAU, “La clause réputée non écrite”, *JCP G* 1993, I, nr. 3691, 315-321; S. GAUDEMET, *Réputée non écrite*, *supra* noot 448, 84-163, nrs. 147-316; J. KULLMAN, “Remarques sur les clauses réputées non écrites”, *D.* 1993, chron. XIV, 59-66. Zie ook: F.-J. PANSIER, “De la différence entre « clause nulle » et « clause réputée non écrite »” (noot onder Cass.fr. (soc.) 8 april 2010), *Cahiers sociaux* 2010, (225) nr. 1.

<sup>502</sup> J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 884, nr. 24; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 139-140, nr. 31 en 146, nr. 35; P. WERY, “Nullité”, *supra* noot 162, 20-26, nrs. 8-12. Vgl. T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 751-753, nrs. 68-69.

<sup>503</sup> *Pannon*, *supra* noot 333, ro. 35; *Asbeek Brusse*, *supra* noot 333, ro. 49.

<sup>504</sup> Zie *supra*, nr. 64.

<sup>505</sup> Zo heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 25 april 2003 (*supra* vn. 163) vermeld dat de nietigheid niet moest worden gevorderd omdat de beschermde partij “de bescherming [...] rechtstreeks uit de wet put”. Het is onduidelijk bij welke nietigheden de bescherming eveneens ‘rechtstreeks uit wet’ wordt geput. Zie ook: I. CLAEYS, “Rechterlijke tussenkomst?”, *supra* noot 165, 195, nr. 397; S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 53-54, nr. 44; T. TANGHE, “Drie gerechtelijke wegen”, *supra* noot 155, 748-749, nr. 64; J. VAN ZUYLEN, “Les rapports”, *supra* noot 5, 886, nr. 24; J. VAN ZUYLEN, “Ordre public et droit impératif”, *supra* noot 5, 141-143, nrs. 32-33; P. WERY, “Nullité”, *supra* noot 162, 29-32, nrs. 14-15. Men kan zich bv. afvragen of de bescherming die de relatieve nietigheid als sanctie voor wilsgebreken biedt niet eveneens aan dit criterium voldoet en derhalve evenmin zou moeten gevorderd. Dit lijkt me echter allesbehalve evident.

<sup>506</sup> Hoewel een rechterlijke tussenkomst op het eerste gezicht overbodig lijkt om die van rechtswege werkende sanctie te doen intreden, is (vaststaande) Franse cassatierechtspraak in de tegenovergestelde zin gevestigd. Zo moet een ‘voor niet geschreven gehouden’ beding worden uitgevoerd zolang de rechter niet heeft vastgesteld dat het beding ‘voor niet geschreven’ wordt gehouden: Cass.fr. (3<sup>e</sup> civ.) 27 februari 2001, nr. 99-16951, *AJDI* 2001, 707, noot C. GIVERDON; Cass.fr. (3<sup>e</sup> civ.) 21 juni 2006, nr. 05-13607, *Bull.civ.* 2006, III, nr. 159, *Defrénois* 2007, art. 38553-24, noot C. ATIAS; Cass.fr. (3<sup>e</sup> civ.) 4 juli 2007, nr. 06-15599, onuitg. Zie ook: C. ATIAS, “De l’effet persistant des clauses illicites non retranchées” (noot onder Cass.fr. (1<sup>e</sup> civ.) 25 februari 2010, nr. 09-12171), *Defrénois* 2010, art. 39109-5 en de verwijzingen daar. Een gevolg hiervan is dat bv. derden – in tegenstelling tot wat de kenmerken zouden doen vermoeden – toch rechten aan een beding dat voor niet geschreven wordt gehouden, zolang de ongeldigheid van dat beding niet is vastgesteld: Cass.fr. (ass.plén.) 5 maart 2010, nr. 08-42843 en nr. 08-42844: *JurisData* nr. 2010-002068, *JCP G* 2010, 1132, noot D. CORRIGAN-CARSIN (fragment). Hierdoor kan men zich afvragen in welke mate die sanctie te onderscheiden is van de (traditionele) relatieve nietigheid.

andere sanctie (met andere kenmerken) uit te werken,<sup>507</sup> maar ook die moet nog verder worden ontwikkeld.

## V. BESLUIT

**89. Onderzoeksvragen** – Deze bijdrage heeft twee onderzoeksvragen onderzocht, nl. “Hoe verhouden openbare orde en dwingend recht (resp. absolute en relatieve nietigheid) zich tot elkaar?” en “Maakt de actuele verhouding tussen die twee begrippen een herziening van het onderscheid noodzakelijk?”. Na het klassieke onderscheid en de verschillende punten van kritiek te hebben geschetst, is gebleken dat de begrippen ‘openbare orde’ en ‘dwingend recht’ meer naar elkaar toe zijn gegroeid. [2800]

**90. Openbare orde en dwingend recht groeien naar elkaar toe** – Zo is het aantal verschillen qua rechtsgevolgen<sup>508</sup> sterk verminderd. Ten eerste is het *onderscheid qua aanspraakgerechtigden* in essentie te herleiden tot de vraag of de wederpartij al dan niet gerechtigd is om de nietigheid te vorderen.<sup>509</sup> Het beschikkingsbeginsel belet de rechter een nietigheid uit te spreken die niet gevorderd is, zelfs als het een absolute nietigheid betreft.<sup>510</sup> De rechter kan maximaal de vraag naar de nietigheid aankaarten en partijen de gelegenheid geven om alsnog een vordering tot vernietiging in te stellen.<sup>511</sup> Ten tweede lijkt het *onderscheid qua tijdstip om de nietigheid te vorderen* voltooid verleden tijd. Werpt men een relatieve nietigheid niet *in limine litis* op, dan heeft dit niet noodzakelijk tot gevolg dat men afstand doet van de geboden bescherming.<sup>512</sup> Ten derde is ook het *onderscheid qua uitdovingsgronden* minder scherp dan voorheen. M.i. kan men in theorie zowel van een absolute als van een relatieve nietigheid afstand doen. Bijgevolg dient men dit onderscheid te herformuleren. Het onderscheidingscriterium betreft dan de vraag of de mogelijkheid tot bevestiging afhangt van een bepaalde toestand waarin partijen zich al dan niet bevinden.<sup>513</sup> M.i. kan men ook de vertrekpunten van de verjaringstermijnen gelijkschakelen naar Frans voorbeeld.<sup>514</sup> Doet men dit laatste, dan heeft het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid in principe nog slechts betrekking op de volgende twee vragen: (1) Kan de wederpartij de nietigheid vorderen? en (2) Van welke toestand hangt de mogelijkheid tot afstand af? Is dit de toestand waarin partijen zich al dan niet bevinden, of is dit de toestand van de openbare orde?

**91. Geen herijking noodzakelijk** – Ondanks de enigszins terechte kritiek dat het onderscheid tussen private belangen en het algemeen belang niet steeds eenvoudig te maken is, noopt dit niet tot een herijking van het conceptuele onderscheid tussen openbare orde en dwingend recht. De vraag naar het normdoel van dwingende regelgeving (in de ruime zin) is immers onvermijdelijk, waardoor elk alternatief in essentie

---

<sup>507</sup> Zie in deze zin STIJNS, die de ‘onwerkzaamheid’ van het beding als nieuwe sanctie voorstelt: S. STIJNS, “Recente evoluties”, *supra* noot 75, 51, nr. 41.

<sup>508</sup> Zie *supra* nr. 40.

<sup>509</sup> Zie *supra* nr. 34 en 51.

<sup>510</sup> Zie *supra*, nr. 57.

<sup>511</sup> Zie *supra*, nr. 54.

<sup>512</sup> Zie *supra* nr. 46.

<sup>513</sup> Zie *supra* nr. 72.

<sup>514</sup> Zie *supra* nrs. 74-75.

diezelfde vraag zal moeten beantwoorden.<sup>515</sup> Ook het (afgezwakte) onderscheid qua rechtsgevolgen dat verbonden is aan (regels van) openbare orde en dwingend recht heeft – behalve misschien het onderscheid qua vertrekpunt van de verjaringstermijn<sup>516</sup> – geen dringende redenen blootgelegd om de verhouding tussen deze twee begrippen anders in te vullen. [2801]

**92. Verder onderzoek naar de nietigheid noodzakelijk** – In de loop van het onderzoek is aan het licht gekomen dat het voorgaande geenszins impliceert dat er met betrekking tot de rechtsgevolgen van het onderscheid openbare orde – dwingend recht geen problemen zijn. In tegenstelling tot de verhouding openbare orde – dwingend recht moet de sanctionering van rechtshandelingen die dwingende normen schenden grondig worden herbekeken. De problemen situeren zich voornamelijk op het vlak van de verplichte rechterlijke tussenkomst en de verjaring.<sup>517</sup> De ontoelaatbaarheid van de vordering tot nakoming, de verlenging van de verjaringstermijnen en/of de aanpassing van de exceptie van nietigheid kunnen slechts bepaalde problemen ondervangen.<sup>518</sup> Een andere piste – die echter het dogma van de rechterlijke tussenkomst in vraag stelt – is de (partiële) nietigheid van rechtswege.<sup>519</sup> Hoewel de traditionele nietigheidsleer geen dergelijke nietigheid kent, passen rechtspraak en rechtsleer haar (minstens impliciet) in bepaalde situaties ter vervanging van zowel de absolute<sup>520</sup> als de relatieve nietigheid<sup>521</sup>. Belangrijke vragen zijn vooralsnog onbeantwoord, zeker met betrekking tot de nietigheid van rechtswege van een beding.<sup>522</sup> Grondig onderzoek naar o.a. het toepassingsgebied van die sanctie, de rol van de rechter en de integratie van de mogelijkheid tot afstand van de geboden bescherming in de theorievorming rond die sanctie is dan ook noodzakelijk.

---

<sup>515</sup> Zie *supra* nr. 45.

<sup>516</sup> Zie *supra* nr. 75.

<sup>517</sup> Zie *supra* nr. 77 e.v.

<sup>518</sup> Zie *supra* nrs. 80-81 (absolute nietigheid) en 85-86 (relatieve nietigheid).

<sup>519</sup> Zie *supra* nrs. 82 (absolute nietigheid) en 87 (relatieve nietigheid).

<sup>520</sup> Zie (impliciet) Cass. 28 september 2012, *supra* noot 172. Zie *supra* nr. 37.

<sup>521</sup> Zie bv. Cass. 25 april 2003, *supra* noot 163. Rechtsleer lijkt haar impliciet (en ogenschijnlijk onbewust) toe te passen in verstekzaken (zie *supra* nr. 58) en bij de taak van de rechter ten aanzien van de relatieve nietigheid (zie *supra* nr. 54).

<sup>522</sup> Zie *supra* nr. 88.